D. S.

ספר

אמרי נועם

על דיני קנינים ודיני תנאים דיני פסח ודיני יו"ט. ועוד שאר כללים ודינים עד שבכללם שבעה ועשרים כללים ודינים היוצאים מהם, אשר חקרתי והכנתי בעה"י

אני הצעיר בישראל

מרדכי דוב בער במו"ה שמואל זצלל"ה קליין

חזן ודיין דבהכ"נ שיף-שוהל

ולומד ש"ס שיעורין כסדרן עם בעה"ב לומדים הגונים בבית המדרש

עץ חיים

המיוסד ע"י כבוד הרב הגאון מוה' שלמה זלמן שפיטצערני'

דפה עיר מלוכה וויען יע"א.

שנת כי עת לחננה לפ"ק.

Wien, 1883

IMRE NOAM

von

M. B. KLEIN.

בדפוס של מאָריץ קנאָפפלמאכער והמנהל אַ. ראַרעס.

Verlag des Verfassers.

Druck von Moritz Knöpflmacher, Wien, II., Obere Donaustraße 63.

מפתחות

אלה המתנדבים בעם לחזק ידי הספר אמרי נועם יתברכו ממעון הברכות בשפע פרנסה וחיים ושלום אמן:

הרב הגאון מו"ה זלמן שפיטצער נ"י
מו"ה יחזקאל פאללאק
כ"ה בנימין שלמה שפיטצער
כ"ה יעקב נייראטה
מו"ה אהרן ווייל
מו"ה שמואל גאלד
כ"ה יהודא ליב לונצער
מו"ה יצחק ארי' שרייבער
כ"ה שלמה קונשטאדט
מו"ה ישכר בער באק
כ"ה אלכסנדר אוללמאן
הבחור ישראל קליין
מו"ה ישראל רזענבוים

מו"ה ש. ענגעלשטיין
מו"ה בן ציון שיף
כ"ה מרדכי יהודא קאהן
כ"ה שמעון אויסטערליץ
כ"ה יהודה ליב מונק
כ"ה מיכאל נייםאן
מו"ה אברהם יעקב אקסעלראד
מו"ה אברהם ווייס
מו"ה ישכר בער לעווי
מו"ה י. ה. עללענבערג
כ"ה יוסף פרייא
כ"ה יעקב וויינער
כ"ה אברהם יוסף שווארץ

מו"ה יצחק יהודה פריישטאדט
כ"ה יצחק ליב בענעדעק
כ"ה יצחק צבי לונצער
כ"ה יהושע לונצער
כ"ה משה האפבויער
כ"ה יעקב זאלצער
מו"ה יצחק לעוו לעהרער
מו"ה מאיר גאלדמאן
כ"ה שלמה וואלף
כ"ה אברהם ליכטענשטערן
מו"ה אברהם גאלדשטיין
מו"ה יהודא פערנעבעק
כ"ה שמואל שאכערל

מו"ה י. ה. ראבינאוויטש
מו"ה מאריל גראסס
מו"ה עקיבא שלעזינגער
מו"ה משה הירשלער
מו"ה ראובן פוקס
מו"ה יוסף פליישמאן
כ"ה יצחק פריעדמאן
כ"ה ב. בערנר
כ"ה נתן מאסס
מו"ה יוסף ווייס
כ"ה פ. א. ווערמער.

הסכמות הגאונים

הסכמת הרב הגאון המפורסים רשכב"ה במה"ו **יוסף שאול נאטהנזאהן** בעהמ"ח ס' מגן גבורים ויד שאול ושו"ת שואל ומשיב זצוקלל"ה שהי' אבדי"ק לעמבערג.

הנה יד שלוחה אלי מכבוד הרב המאור הגדול החריף ובקי מו"ה **מרדכי בער קליין** נ"י והן הראני חדושיו על מס' יבמות ועל דיני קדושין ותנאים וביקש לחוות דעתי מה מצאתי בהם, והנה ידעתי את האיש ואת שיחו שיחה נאה כי הרבה אלי שו"ת הרבה בעוד היותו בקלויזענבורג במדינת זיבענבירגען במחוז הגר שם ישב כסאות למשפט ולהורות לבית ישראל הדרך אשר ילכו בה וגם למד עם התלמידים ועתה שלשה שנים אשר רוח אלקים נשאו לשבת בעיר וויען קרית מלך רב ובבהמ"ד עץ חיים ללמד לבני יהודה קשת וגם להיות עומד ומשמש בקודש להשמיע קולו ברבים להתפלל ובימי היותו שם התחיל לסדר חבורו על מס' יבמות ודיני קדושין ותנאים יום יום ישב בישיבה שם בה שמירה לחדש חדושים בתורת אלהים מה נאוה כזאת למצוא בדורותינו האלה איש אשר יעשה שני מלאכות בקודש להתפלל וללמוד ואני קורא ע"ז היפך מה שאמרו בסוף סוטה שרי חזיי למהוי כשריא ושריא כחכימיא כי מצאתי דברים נאוים ונחמדים ויוכל להפילם על פני תבל ואליכם אישים אקרא היו נא בעזרתו למען יוכל לבצע מעשיהו ולקבעו בדפוס למען יראו כי גם בימינו עוד התורה מלאה קן לה בלבב הוגיה ולומדי' הרי קרא שם הספרים דרכי נועם ואמרי נועם כי נעמו דבריו אשר הטה שכמו לסבול עול התורה ומלא כן בידו חידושים נעימים יהי נועם ד' עליו להריק לו שפעת ברכות והצלחות כנפשו ונפש הכותב בגילה השמח בתורתו: הצעיר
יוסף שאול הלוי נאטהנזאהן
האבד"ק לבוב והגליל, כותב וחותם יום א' לסדר משכו וקחו לכם ברכות לפ"ק:

הסכמת הרב הגאון המפורסים שלא הניח כמותו בח"ל צדיק וקדוש כמו"ה **אברהם שאג** שהיה אבד"ק קאבערסדארף ומנוחתו כבוד בעיר הקודש ירושלים תובב"א זצוקלל"ה.

שמן תורק שמו הטוב של ידיד נפשי הרב המאור הגדול חריף ובקי המופלא בהפלאות חכמים כבוד מו"ה **מרדכי דוב קליין** נ"י היושב בשער המלך עיר מלוכה ווינא יע"א ועבודת הקודש עליו לעמוד לשרת לפני העדה הקדושה הנמלאות שמה מקדם מעט בהכ"נ היא שופך על הרינה ועל התפילה ונשמע קולו בבואו אל הקודש לקיים זמן תפלה לחוד וזמן תורה לחוד וילך מחיל אל חיל להגות בתורת ד' יומם ולילה ועתה שאני פה לעסוק ברפואות בא חכם זה בית מלוכי ובידו מגילה עפה אשר אזן ותיקן חבור גדול ח"ת על מס' יבמות מרישא עד גמירא לבאר כל שמעתא גם לבאר כל דיני קדושין ותנאים ודעתו להפילם בישראל בקראו את החבורים בשם דרכי נועם ואמרי נועם ונתתי על קן קולמוס מעשה אצבעותיו בכמה מקומות של שבמים וראיתי כי רב כוחו ויילו כל דבריו בנוים על אדני האמת ויישר חד חד כפית לעומק הלכה כל דבר הקשה הביא אל עמק השוה ולא השפא ומלא מרגניתא גם היתה לי אתו שעשועים יום יום פא"פ ופומי ממלל רברבין לזאת אחרי שאומר אמירה נעימה כתבא יהבית להגדיל התורה ויאדיר להסכים עמו להביאם לדפוס ומלאה הארץ דעת כי הפעולה תעיד על הפועל מגודל חריפתו ובקיאתו ופי חכים ברום עליו:

הכ"ד הנעה"ח פה מרחץ וו. באדען. יום א' ה' מנחם אב תרל"א לפ"ק. המלפפה לנחמה.

הק' **אברהם שאג** מפ"ק.

הסכמת הרב הגאון הגדול המפורסם כמו"ה **בנימין זלמן** סג"ל **שפיטצער** נ"י רב דבהכ"נ שיף שוהל דעיר מלוכה וויען יע"א:

ומרדכי יצא מבית המלך מלכו של עולם ית"ש בלבוש מלכות לבושא דרבנן בחידושים נפלאים בסוגיות עמוקות בש"ס ופוסקים ונשאו לבו של ידידי הרב המאור הגדול חריף ובקי מו"ה מרדכי בער קליין נ"י לקרבה אל המלאכה מלאכת עבודת הקודש לסדר חידושיו אשר חננו כוהן התורה ית"ש להביאם בדפוס ולהפילם בישראל והנני אומר לידידי הרב הנ"ל נ"י יישר כחו וחילו לאורייתא דינא בה כי זה תשע עשרה שנה אשר הי' פה אלינו ש"ץ בבהכ"נ הגדולה ורב ומורה הוראה בבית מדרשינו נהניתי בחברתו והשתעשעתי בתורתו כי לבו לב ארי' והוא ארי' שבחבורה, והנה גוף החבור לא יכולתי עתה לעיין בו וכבר העידו עליו גדולי ישראל כאשר ראיתי ההסכמות מהגאון המנוח מאור הגולה מו"ה יוסף שאול ז"ל שהי' אבד"ק לבוב, ומהגאון המנוח המובהק מו"ה אברהם שאג זצ"ל שהי' אבד"ק קו"ד ומנוחתו כבוד בעיר קדשינו ירושלים עה"ק תובב"א ובאורים אלו ז"ל הפליגו בשבח החבור וגם אני העני אשם קלסו ראיתי בשעה חדא ותהיתי בין בתרי חלוקיו וסברותיו ומצאתי כולם נכוחים וישרים וכחו גדול לסדר ולברר השיטות ולעשות אזנים לתוה"ק — *) ולדוגמא אעורר במה שראיתי בס' אמרי נועם בתחלת כלל ד' בענין קניני הקדש והתעורר מעכ"ת ידידי הרב נ"י על הרב כ"מ ז"ל ורוצה לקיים דבריו ע"כ כפי דרכו בקודש ובזה אשובי את אמרם גוף הסברא כי בדבר של הקדש א"א שילא מן ההקדש אם לא ע"י דוגמת פדיון דהוא כסף וע"כ בהקדש כל קנינו רק בכסף אמת וכ"כ האחרונים ז"ל בספריהם ונה"מ בס' קל"ע הוסיף עוד שגם חז"ל לא יכלו לתקן בזה רק בשיא"ת אמרם מה שהוסיף מעכ"ת נ"י שלריך שתהי' תחלה דבר אחד שיחול עליו ההקדש רק אח"כ אפשר להקדש שתצא לחולין וע"ז נבנה כל יסודותיו שמה זה במחכ"ת איני רואה לענ"ד רק בכל מקום שאפשר לחול ההקדש על דבר א' ממילא תלווייהו בהדדי קאתי והקדש יוצא מדבר זה וחל על דבר אחר כמו שמצינו ג"פ וידה באין כא' ורא' לדברי אלו כל הקרבנות שקונים ממעות מעל"ה שכתבה תורה ואיך אפשר לקנות וכאן א"א לומר כסברת מעלתו נ"י דלב ב"ד מתנה אלו שמנה תוה"ק על ב"ד שיבוא אחר דורות ויתנה אתמהה? — וע"כ כיון שיש מקום לחול ממילא מעות הקדש יוצא לחולין כן נראה לענ"ד — ואני תפלתי כי יזמינהו ה' מקום מנוחה לישב באוהל של תורה אשר בה חפץ מנעוריו ועד שיבה טובה לא תמוש ממנו ונוצר תאנה יאכל פריו עוד יזכה לכבודה של תורה ישולו מעיינותיו חוצה מעיינות נובעים ממקור חיים מעמקי תוה"ק וכל המסייע ומחזיק בידו ידי ת"ח גדול בתורה יזכה לברכות של תורה אורך ימים בימין עושר וכבוד משמאל. —

הכ"ד לכבוד ת"ח מובהק פה ע"מ וויען יום ד' ז"ך תמוז לסדר אלה **מסעי בני ישראל** לפ"ק:
הק' **בנימין זלמן** סג"ל **שפיטצער**.

---

*) על מה שהשיג עלי כבוד הגאון נ"י, הנה כוונתי ברורה שמש"ה אם קנה הגזבר בהמות ממעות הקדש הי' המוכר בהמת יכול לחזור בו כשהוקרה בעולם בכשותו וקודם שנתנה דהא במעות של הקדש לא נקנה הבהמה אלא ע"י שהגזבר מחלל המעות על הבהמה ולא קנה בהמת המוכר את המעות עד אחר שנתחללו עבור הבהמה והמוכר בתנאי שיתחללו המעות נתנה להקדש וליכא קנין גמור כקונה במעות חולין ויכול המוכר לחזור בו כשהוקרה ולשאול על אמירתו כמ"ש שם אלא דחז"ל תקנו שיהי' לב ב"ד מתנה שלא יהי' יכול לחזור — ומ"ש הגאון מגיה וידה באין כאחד אין זה ענין לשם כלל דכאן אין מעות קונות אם לא שיקנה תחילה המעות וכן כתב המקנה קדושין כ"ב ע"ש — גם מ"ש דאיך היתה כוונת התורה שיהי' לב ב"ד מתנה אתמהה? אין זו תימא כלל אם כוונת התורה שיהי' לב ב"ד מתנה.
המחבר.

☞ וזאת לדעת כי כל מקום אשר נמצא בספרי שם עכו"ם או נכרי אין הכוונה אלא על אותן עובדי כוכבים ומזלות שהיו בימי הש"ס או אשר אולי יש מהם עוד במלכות הרחוקים כי כן הוא שם עכו"ם או שם נכרי דהיינו שנתנכר לאבינו שבשמים שאינו מאמין בחידוש העולם ובנפלאות התורה יתברך אבל אותן האומות שאנחנו דרים בתוכם הם מאמינים בחידוש העולם ובנפלאות התורה כמונו, ואנחנו חוסים בצילם וכבר נצטוינו מפי חז"ל להתפלל בשלומה של מלכות והמדינה יר"ה. —

התנצלות המחבר!

אמר המחבר! על אודות אשר בההסכמות הגאונים הנדפסים יראה כי הם גם על ספר דרכי נועם על יבמות ניתנו לי ומחזי ח"ו כשקרא באתי להתנצל: והן אמת שיש תחת ידי קונטרס גדול על יבמות אך מאשר יראתי להתחיל. במסכתא אשר כעת בעו"ה לומדיה בעיון רב מועטים המה ומגודל הוצאות הדפוס כי רבה לקונטרס גדול ואשר ע"כ בחרתי יותר לבוא בשאר סוגיות מפוזרים בש"ס השווה לכל נפש היפה — וחצבתי עמודי הספר שבעה ועשרים כללים ודינים היוצאים מהם. ואמנם לא הבאתי כל הדינים היוצאים מהסוגי' כי הלא המה נמצאים בהלקי הש"ע ולמה אדפים מה שכבר נדפס אם להגדיל כמות הספר ולהלביש עצמי בטלית שאינו שלי אין זה אלא כבוד המדומה והשקר אשר אין בי ב"ה, וע"כ לא הבאתי אלא אותן אשר נתחדשו לי ואותן אשר חנני ד' לחדש בהם דבר ובזה אנא אמינא כולה שלי ב"ה, אבל דברי הראשונים שבכל סוגי' הבאתי אותם כולם באשר מהות הטפר לברר וללבן כל דברי הראשונים ז"ל כי המה היו לנו לעינים והם הוציאו לאור חכמת התלמוד ולולי דבריהם הקדושים הי' כל דברי הגמרא והוויות דאביי ורבא כספר החתום לנו והיינו ממשש בהם כעיור בצהריים ובאו הם ז"ל בחכמת סברתם וברוח הקודש אשר עליהם והראו אותנו נפלאות מחכמתו ית' אשר נמצא בים התלמוד ועל ידם ראינו כי אין בכל הש"ס שום דבר בלי הגיון ושכל ישר: אך מאשר קצרו בלשונם מאוד כדרך החכמים, ובפרט לשון הבעל המאור והרמב"ן במלחמות הוא קצר מאוד כידוע, ואני יגעתי מעודי מאוד להבין דבריהם הקדושים ולא נתתי שינה לעיני ולילות כימים שמתי לי עד שחנני ד' למצוא פתר דבריהם והראיתי תלי"ת פנים מסבירות בסברתם עד שישבתי כמה מהקושי' אשר הקשו עליהם גאוני בתראי בספריהם ז"ל ע"פ פשיטתם, ואם כי גם הם גאוני האחרונים ז"ל הפליאו לעשות עמנו תושיה עכ"ז מקום הניחו לנו להתגדר בו ולהראות כי כל דברי הראשונים ז"ל כולם דברי אלקים חיים המה — וחלקתיו לשבעה ועשרים כי המספר קטן של כ"ז כמספר קטן אמת ושלשה פעמים אמת עולה לשבעה ועשרים כי סהדי במרומים כי אמת חפצתי — וקראתי שם הספר **אמרי נועם** כי מספרו עם הכ"ז כללים שבו עולים למספר שמי ושם אמי הצדקת, מרדכי דוב בן גיטל ת"נ"צ"ב"ה. ואני תפלה לאל חי יהי רעווא דאימא מילתא דתתקבל. ומול פני הקורא בקשתי שטוחה שבאם בהשקפה ראשונה דברי כמו זר נחשבו אל נא יזניחם מהר אלא יעיין עוד היטב בסוגי' ובלשון הראשונים אשר הבאתי וישקול דבריי בפלס מאזני שכלו ואני אקווה כי אם ירצה לקבל את האמת ממי שאמרו יודה ויאמר כי הם נאמרים על דרך האמת והצדק. —

והואיל והותחל המלאכה בסדר פרשת מטות אכתוב קצת מענינה של הפרשה ורציתי לפתוח באגדה אך שרעפי ישובינו מה לך אצל אגדה כלך אצל עיקרה ושרשה של תורה והיא דינים היוצא מהפרשה להבין ולהורות — ע"ז דף ע"ו רמי ליה ר' עמרם לר"ש תנן השפודין והאסכלין מלבנן באור כו' רש"י ד"ה גבי קדשים כו' ונותר איסור כרת עכ"ל והוא פלא מה רצה רש"י ז"ל בזה מה לי אי' לאו ומה לי אי' כרת בכה"ג — ועוד שם בסוף העמוד רש"י ד"ה לעולם כו' לא חמיר איסורו כו' ומעולם לא הוכר איסורו עכ"ל ונראה מלשונו הטהור שיש כאן אי' נותר חל על הבליעה אלא דלא חמיר כ"כ לפי שלא הוכר איסורו שהוא נבלע, וזהו ודאי דלא כמו שפירשו שאר הראשונים שהם פי' שמשום שהוא טעם קליש שנקלש ע"י הגעלה ועל טעם קליש אינו חל אי' נותר כלל כן פי' הראשונים ז"ל אבל רש"י לא פירש כן ויש לראות מהיכן יצא לו לפרש כן וגם מה בסברתו דמשום שלא הוכר קיל איסורו ממנ"פ אי חל ויש כאן אי' נותר מ"ל הוכר או לא. ונלענ"ד לבאר כוונתו ותחילה נביא ונבאר דברי ריטב"א בכאן שכ' דבר נפלא ולא הוזכר בשום ספר מהאחרונים ז"ל, וז"ל הקשו בתוס' כו' ער. ומעתה יש לנו תירץ לקו' התוס' כו' שאין בו היתר לשום אדם אין לנו לבטל אסורן כלל עד שיהי' לו הכשר גמור ככלי מדין כו' ולא באה ההגעלה אלא כדי שלא למעט זמן אכילתן כו' עכ"ל ולפי הפשוט אין לדבריו ז"ל שום הבנה דקשה אם ע"י הגעלה לא נשאר אלא משהו א"כ ממנ"פ מה תהא עלה דהאי משהו אם נאמר דלא חל תו אי' נותר על הך משהו וכמ"ש הראשונים ז"ל א"כ ל"ל הגיעול של כל יום ויום ולמה מחיוב לבשל שלמים אחר חטאת הא כיון שהגעיל ולא נשאר אלא משהו תו לא מצי חל אי' נותר עליו ואי חל אי' נותר על המשהו א"כ מה פעל במה שמבשל אחר חטאת שלמים הא מ"מ אותו משהו שנשאר בדופני הקדירה של חטאת יחול עליו נותר למחר ולא מהני לי' כל הבשולים וכל ההגעלות כלל, אלא ליבון. ונלענ"ד בכוונתו שהוא סובר שחל אי' נותר גם על המשהו אלא דמ"מ בעי הגעלה וגם הבישל של שלמים וכמו שאבאר דהריטב"א סובר כראב"ד דאסור לבטל אי' לכתחילה מה"ת אלא שסובר דהא דאסור לבטל היינו באי' שאין בו שום היתר לשום אדם אבל כל שיש בו צד היתר לשום אדם אינו איסור כ"כ ומותר לבטלו מה"ת. ומעתה אם לא יבשל בו שלמים אחר חטאת א"כ כוונתו היתה בהגעלה זו שהגעיל אחר החטאת כדי שיוכשר מאי' נותר ושיבשל מחר בקדירה זו וא"כ הרי אף שודאי האי' של נותר יהי' בטיל מחר בבישולו דהא אין כאן רק משהו וכל מה שיבשל יהי' בו כדי לבטל המשהו אלא דמ"מ אסור לעשות כן לכתחילה דהא כשהגעיל אמאי לא ליבנו שיצא הכל וכיון שהי' יכול להוציא הכל והוא לא עשה כן אלא הגעיל והשאיר משהו א"כ הוי מבטל אי' של נותר לכתחילה ואסור מה"ת ולכך הוא מבשל עתה שלמים מיד קודם שנעשה נותר וא"כ לא היתה כוונתו בהגעלה זו אלא כדי שיהי' יכול לבשל עתה שלמים שאם לא הי' מגעיל הי' אסור עתה לבשל שלמים דהרי ממעט באכילתו וע"י הגעלה מותר לבשל שלמים שהרי אין בהם בנו"ט ואי דמבטל איסור לכתחילה אי' זה שממעט באכילתן לא הוי איסור גמור לכל אדם שהרי יש בו צד היתר וכל שיש בו צד היתר אין בו משום מבטל אי' לכתחילה, והנך רואה עצה העמוקה בלב הריטב"א ז"ל שהוצרך תרתי הגעלה צריך כדי שיוכל לבשל שלמים אחר חטאת שלא יהי' בו נו"ט מחטאת ויהי' הקלין נאכלין כחמורין ובישל שלמים צריך שאם לא בישל א"כ באה הגעלה שלא ישאר רק משהו ושם נותר מ"מ חל ואלא שמותר לבשל מחר משום שהמשהו בטיל אבל הוא עושה איסור כשלא הלבין אלא הגעיל דהרי כוונתו בזה להשאיר משהו והוא נותר האסור לכל ונמצא מבטל אי' לכתחלה ולכך מבשל להראות שלא הי' ההגעלה אלא כדי לבשל שלמים דבזה מותר הביטול לכתחלה ואח"כ מחר אף דמ"מ נשאר משהו ונעשה נותר מ"מ הא בטיל ממילא דאי אפשר שלא יבוטל במה שמבשל מחר ומה שיבשל בו מחר לכתחלה אין זה מבטל אי' דהוי כמו אי' מועט שנבלע בכלי דהיתר הרשב"א לבשל לכתחלה כיון דא"א לבוא לידי נ"ט ואין כוונתו לבטל אלא לבשל ומותר, אבל אי לא הי' מבשל שלמים הי' הביטל לכתחלה במה שהגעיל ולא הלבין וזהו ברור בכוונתו ז"ל. ולפ"ז נתיישב לי מה שהקשו על הראב"ד מנ"ל הא דאסור לבטל מה"ת והפרי תואר כ' דהוי הל"מ וגם זו קשה היכן מצינו הלכה זו: אבל הריטב"א מצא הדין מפורש בתורה מהא דכתבה התורה ליבן לאשר יבוא באש וכיון דע"י הגעלה יוצא הכל ער שלא נשאר אלא משהו א"כ ודאי מש"ה צריך ללבן דאיל"ה הוא מבטל אי' לכתחלה ומוכח דאסור מה"ת. אלא דקשה לפ"ז דבדבר שיש בו צד היתר ליכא כשום מבטל אי' לכתחלה א"כ בזרוע בשילה דהוי היתר הבא מכלל איסור לראב"ד וחידוש ומאי חדושא הא הזרוע מותרת לכהנים ואין בו משום מבטל. אבל ניחא דהנה הפליתי הקשה בסי' צ"ט לשי' הראב"ד מהא דאמרינן כאן דמותר לבשל שלמים אחר חטאת וכתבו התוס' הטעם דאוקמוה אדאו' במין במינ' ובטיל ברובא וקשה מאוד הא מ"מ הרי זה מבטל לבליעה של חטאת לכתחלה ואסור מה"ת ע"ש ולפמ"ש הריטב"א א"ש דאדרבה מדחזינן דהתורה התירה כן לבשל הזרוע עם האיל אנו למדין דבהיכי שיש צד היתר מותר לבטל לכתחלה ומש"ה מותר נמי לבשל שלמים אחר חטאת, ואנן ילפינן מהא דהצריכא ליבון ולא הגעלה דאסור לבטל ומצינו בזרוע בשילה דמותר לבטל וע"כ אנו מחלקין בין געולי נכרים דאסור לכל לזרוע דיש בה צד היתר וכן בשלמים אחר חטאת והא דקראה הגמ' חידוש לזרוע בשילה היינו משום דאי לאו דגלי קרא בזרוע בשילה דמותר לבטל באופן זה לא היינו מחלקין כן והיינו אוסרין לבטל בכל איסורין אבל אחר שגילה קרא אנו למדין ממנו גם לשלמים אחר חטאת וכה"ג כתבו התוס' ע"ז דף ס"ז ע"ב ד"ה ואידך הא דאמרי' בפסחים גע"נ חידוש היינו אי לאו דגלי קרא בגע"נ לא היינו מחלקין בין פגם רבה לפגם זוטא ע"ש והנה אמת ונכון בס"ד. ואמנם הקשיתי על הריטב"א שכפל כמה פעמים בסוגי' זו בפירוש דע"י הגעלה יוצא רוב הבליעה עד שלא נשאר אלא משהו וא"כ קשה הא דקתני ברייתא חדא דאסור בדיעבד אם נשתמש עד שלא ילבין וקשה הא אפי' לא לבין אלא הגעיל איך אסור בדיעבד הא בט"ל אותו משהו ולא הי' לו לתנות אלא עד שלא יגעיל וזהו קו' גדולה וצע"ג: ולחומר הענין נראה דמה"ת באמת מותר אלא מדרבנן אסור שאם נתיר בדעבד בדבר הצריך ליבון ע"י הגעלה יאמרו שכל מה שנאמרה בתורה מענין הגעלה וליבן לא נאמר אלא לכתחלה ואתי להתיר גם הצריך הגעלה נמי דעבד בלא הגעלה ולכך אסור מדרבנן וזהו יותר חששא ממה שכתבו שם בתוס' לענין המשתמש עד שלא יטבול ע"ש. ואך לפ"ז מ"ש בט"ז סי' קכ"א סק"ה דזהו פשוט דאפי' דעבד אסור ולפמ"ש אין זה פשוט ואדרבה לדעת הריטב"א אין כאן אי' תורה כלל ויש בזה נ"מ לדינא וצ"ע. **ועתה** נבוא לרש"י ז"ל שהותחלנו ואומר אני שגם רש"י ז"ל סובר דע"י הגעלה יוצא רוב הבליעה ולא נשאר אלא משהו וגם ר' עמרם שרמי מתני' אהדדי גם הוא ידע שע"י הגעלה לא נשאר אלא משהו והא שצריך ללבן כדי שלא יבטל איסור לכתחלה שכן נראה גם מרש"י בסוגי' דזרוע בשילה דהא דאסור לבטל הוי מן התורה ע"ש ור' עמרם פריך דמ"ש בגע"נ דאסור לבטל ולכך אסור להגעיל ובנותר מותר להגעיל והא מבטל לכתחילה אלא דהי' אפשר לתרץ ולומר דהא דאסרה התורה לבטל דוקא בגע"נ דחיישי' להו מאי' חלב ודם שאיכא כרת אבל באיסור לאו שאינו חמור כ"כ לא אסרה התורה לבטל דכעין זה ודאי שמצינו לחלק וכיוצא בזה כ' הר"ן ריש פסחים לחלק דהא דאסרה התורה החמץ לבל יראה משום שהוא חמור שהיא בכרת וזהו ניתן להאמר גם לענין אי' מבטל לכתחילה ומש"ה כ' רש"י ז"ל דגם נותר הוא בכרת ואסור ג"כ לבטלו לכתחילה וא"כ אמאי מגעיל ומשני לו ר' ששת דכאן התירא בלע ונתכוון למה שאמר ר' אשי לבסוף אלא דעדיין לא ידע הש"ס כוונתו ומפלפל, ובא רבא והשיב דכל יום נעשה גיעול ופי' בו רש"י דלא כריטב"א אלא כראשונים דכל שנשאר משהו לא חל עליו שם אי' נותר כלל ואמנם ר"א מתרץ דברי ר"ש דלעיל דהתירא בלע וכי קא פליט ליתא לאיסורא בעינה ומזה הלשון לקח לו רש"י לפרש דלא כמו שפירשו שאר ראשו' דלא חל האיסור דאם כן למה אמר דכי קא פלט ליתא לאי' בעינה הא ליכא שום אי' כלל דלא חל, אלא דר' אשי אינו מתרץ כרבא אלא הוא סובר דשפיר נאסרת אותו משהו אלא דמ"מ ל"ק קו' ר"ע דאמאי מותר בקדשים לבטל איסור נותר ובגע"נ אסור ופרש"י לעיל הא גם נותר חמור איסורו שהוא בכרת וע"ז אמר ר"א דכאן כיון דהתירא בלע וכי קא פליט ליתא לאיסור בעין לא חמיר איסורא וכדפרש"י ז"ל לא חמיר דמעולם לא הוכר איסורו ור"ל דבגע"נ דהוכר איסורו קודם שנבלע והי' חל עליו אי' תורה שלא לבטלו ואותו איסור לא פקע ממנו וגם עתה אסור להגעיל כדי לבטל אבל בקדשים דכי קא בלע הי' היתר וכשנאסר תוך הקדירה לא הוכר עד שנפלט בהיתר ונתבטל וכל שלא הוכר לא חל עליו אותו אי' שלא לבטלו ולא חמיר כמו גע"נ. וזהו דבר נבון בעה"י וד' יראני נפלאות מתורתו וירים קרן התורה עם קרן ישראל כ"י ע"ת לחנג"ה אמן.

אמרי נועם

כלל א.
קנין מעות.
דין א.
מעות קונות מה"ת או לא.

אר"י ד"ת מעות קונות כו' פרש"י ז"ל דילפינן לה מהקדש בק"ו דכתיב ונתן הכסף וקם לו והקשו הראשונים הא הדיוט מהקדש לא ילפינן עיין תוס' ונמק"י ולפענ"ד לבאר דוודאי לשיטת התוס' אין למילף מהקדש אבל רש"י לשיטתו הולך ולדידיה שפיר ילפינן לה מהקדש ויתורצו עוד כמה קושי' בס"ד על נכון — דהנה בבכורות דף י"ג הקשו בתוס' לר"ל אמאי לא יליף שקונין גם בכסף אף דמשיכה מפורשת מה"ת מ"מ גם מעות יקנו מילתא דהקדש ותירצו דשאני הקדש דלא שייכא גביה משיכה דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא אבל היכא דשייכא משיכה לא יהי' קנין אחר ע"ש. ונראה בביאור כוונתם דבשלמא ר"י שפיר יליף מעות קונות מהקדש משום דהוא אינו סובר משיכה מה"ת כלל ולכך יכול למילף מעות קונות מהקדש אבל ר"ל לא מצי למילף להיכא דשייכא משיכה דליהוי גם מעות דדילמא קפיד קרא דוקא במשיכה והקדש שאני דליתא במשיכה, ולכאורה יש להקשות הא גם לר"י ע"כ הוי משיכה קנין תורה דאל"ה במה יקנה מליאה ומתנה דכן כתבו התוס' בע"ז דאף שהנכרי אינו קונה לר"ל אלא בכסף מ"מ במליאה ומתנה דליכא כסף קונה במשיכה וא"כ כן נמי לר"י בישראל דכל דליכא כסף כגון במליאה ומתנה קונה במשיכה וא"כ האיך יליף מעות קונות מהקדש הא יש לחלק ולומר דשאני הקדש דלא שייכא משיכה גביה אבל בהדיוט דשייכא משיכה אדרבה נילף ממליאה ומתנה דמהני במכר נמי משיכה וכיון דמהני משיכה א"כ תו ליכא למילף מעות קונות מהקדש לר"י כמו לר"ל ואי תימא דליכא למילף מכירה ממליאה ומתנה דשאני התם דליכא מעות משא"כ מכירה דאיכא מעות זה אינו דאי אמרת כן א"כ מהיכי תיתי מעות דווקא ולא משיכה הא מהקדש יש לחלק ג"כ ולומר מה להקדש דלא שייכא משיכה וכיון דאכן מליכן הני תרי קנינים מה"ת מעות בהקדש דלא פייכא משיכה ומשיכה במליאה ומתנה דלא שייך מעות א"כ מאי חזית דילפית מעות מהקדש ולא דמית שאני התם דליכא משיכה ולא ילפית משיכה ממליאה ומהנה משום דדחית דשאני התם דליכת מעות, הא או דלא נוכל למילף לא מעות מהקדש ולא משיכה ממליאה ומתנה ולריך במכר תרתי או דילפית דמהני כל אחד ולא דחית בפירכא זו כלל אבל ר"י דיליף למעות מהקדש ולא דחה וממליאה לא יליף ודחה דשאני הם דליכא מעות וודאי קשה וזו קושי' מושכלת למבין. שוב מלאתי להפ"י בקדושין שהקשה כזה אבל לא ביאר כמו שביארתי ע"ש.

ואמנם נראה דכל מ"ש התוס' שם בבכורות הם הולכים לבי' רש"י ז"ל שהביאו שם בתחילה ולרש"י לשיטתו שפיר ביארו שם התוס' ול"ק מה שהקשיתי אני והפ"י דהא רש"י כ' שם אהא דאמרי בגמ' ואימא עכו"ס כלל כלל לא ופרש"י עד שיבואו לרשותו עכ"ל וכוונתו בזה דאף שאין העכו"ס יקנה לא במעות ולא במשיכה מ"מ יקנה בקנין חלר וכן פי' האחרונים שם בכוונתי עיין רי"ט אלגאזי בכור' שם ובקה"ח (ולא כמו שפי' הגאון ח"ס ז"ל בכוונתי) ולקמן נבאר מה שקשה על רש"י ז"ל בזה סוף כל סוף סובר רש"י דאף היכא דליכא משיכה איכא קנין חלר וא"כ כן נמי במליאה ומתנה דליכא מעות מ"מ לא מוכח דאיכא קנין משיכה מה"ת כלל לר"י ואי תקשה במה יקנה מליאה ומתנה י"ל דקני להו בחלר וכן כ' באמת הרמב"ן סוגא בש"מ ב"מ דף ק"ד ע"ש וזו שיט' רש"י ג"כ ולפי' שפיר פירש"י דר"י יליף מעות קונות מהקדש וליכא למיפרך מה להקדש דלא שייכא משיכה דהא ליכא לר"י קנין משיכה מה"ת כלל משא"כ לר"ל שפיר כתבו התוס' שם דכיון דסובר משיכה מה"ת תו ליכא למילף מעות מהקדש וזה נכון:

ואמנם התוס' לשיטתייהו דלר"י איכא משיכה מה"ת במליאה ומתנה הא הם נחלקי באמת אפרש"י ולא יליף ר"י מעות מהקדש לשיטתם וכדכתבו שם. וגם לשיטת התוס' ל"ק קו' הפ"י דנילף ממליאה ומתנה משיכה דכיון דר"י יליף מכסף מקנתו כן גזרה התורה דבמכר ליכא קנין אחר אלא כסף ודו"ק:

ומעתה כיון שזכינו לכך מיושב קו' הראשו' הנ"ל על פירש"י דאיך נילף הדיוט מהקדש ואומר אני שהם ז"ל לשיטתם הקשו כן דכיון דהם סוברים דמשיכה הוי קנין תורה אף לר"י במליאה ומתנה וא"כ ע"כ ילפותא דר"י מהקדש הכי הוי דרק מעות קונה ולא משיכה דאל"כ קשה נילף ממליאה ומתנה שיקנה לחוד גם במכר וע"כ לריך לפרש דיליף מהקדש רק מעות קונה ומשיכה לא ומש"ה הקשו כן והיינו דאיכא על פי' זה שהי קו' הדא קו' התוס' דילמא שאני הקדש דלא שייכא גביה משיכה ועוד קשה הא לפוליא מכח הקדש חמור יותר מלפוליא מכח הדיוט וא"כ לא שייך ק"ו שהי רש"י דאדרבה בהקדש דחמור לריך דוקא מעות אבל להוליא מהדיוט סגי במשיכה בלא מעות. אבל לרש"י לשיטתו דליכא קנין משיכה מה"ת במליאה ומתנה ואין אנו לריכין למילף לר"י אלא דמעות מהני דלהא דדוקא מעות ל"ל שום ילפותא דמהיכי תיתי וא"כ לשא דמעות מהני לקנין איכא שפיר ק"ו דמה הקדש דחמור מהני מעות להוליא מהקדש מכש"כ דמהני להוליא מכח הדיוט ולק"מ דוק בכ"ז כי הדברים ברורים מאוד בס"ד:

והנה הגאון בעל רי"ט אלגאזי על בכורות שם פי' שני האריך להקשות על פרש"י שהבאתי שפי' כלל כלל לא עד שיבואו לרשותו וכו' דלפ"ז קשה מאי משני גופו קני ממונו לא כש"כ הא איכא קנין חלר מנכרי וא"כ נאו ק"ו הוא דהא ע"כ לא קאי האי ק"ו על הא שיקנה בכסף באותו קנין שקונה גופו דהא כבר דחה זאת ישראל מישראל יוכיח אלא ע"כ ר"ל עתה שלריך עכ"ם איזה קנין לקנות ממונו של גוי וע"ז אומר ק"ו מגופו וכיון דאיכא קנין חלר שהי יכול לקנות ממונו של גוי ע"י חלר, עוד הקשה שם דמה יענה רש"י ז"ל בקיפא דמילתא בנכרי שקנה מישראל דגם שם אמר ואימא כלל כלל לא ושם לא נוכל לפרש דנכרי קונה ע"י חלירו דהא חלר דגברא משום שליחות ואין שליחות לנכרי וממילא שגם חלר אין לו וכיון דקיפא א"א לפרש כדפרש"י מי דחקו לפרש כן ברישא וע"ש שהניחו בל"ע — והנה בגוף הדין אי חלר קונה לנכרי כדבר אי"ה לקמן במקומו אבל כאן לא הולרכתי לבוא לידי מידה זו דלענ"ד מבוארים דברי רש"י ז"ל בלי שום פקפוק כלל — ותחילה אומר אני דרש"י הוכרח לפרש כן דאין לפרש דמנכרי כלל כלל לא שאין הישראל יכול להוליא מן הנכרי בשום קנין וע"ז נאמר קרא דלעמיתך דזהו דבר שא"א לאמרו כלל ולא הי' מן הלורך להשיב ע"ז מק"ו מגופו דבלא"ה איכא ק"ו טובא אם יכול ישראל לקנות מישראל ומהקדש ולהוליא מכחם איך לא יוכל להוליא ממונו של נכרי מכוחו בשום אופן, גם בלא"ה הא כל הסוגי' לא איירי אלא מאותן שני הקנינים כסף למשיכה אבל משאר קנינים לא איירי הכא כלל, ואשר ע"כ נראה לי דכך פי' הקושי' דהגמ' לא נייירי כאן אלא מאות שני הקנינים והקרא ממעט את הנכרי מקנין משיכה וכסף הא גם בישראל לא קני וממילא דמאותן שני הקנינים כלל וכלל לא, ואי קשי' א"כ לא יהיה הישראל יכול לקנות מנכרי כלל וזהו נגד הסברא וכמ"ש וע"ז כתב רש"י ז"ל דעדיין איכא קנין חלר ורש"י ז"ל לעלמו פי' כן נחלץ דאיך עלה על דעת המקשן להקשות דכלל כלל לא קני מגוי אבל הסוגי' איירה מדברת כאן אלא מאותן שני קנינים כסף ומשיכה וע"ז משני ליה גופו קני דהיינו בכסף ממונו לא כש"כ ודלא כמ"ש הרי"ט אלגאזי ואי קש"י הא כבר דחה ישראל מישראל יוכיח לק"מ דהשתא איכא פירכא על היוכיח דשאני ישראל מישראל דאיכא קנין משיכה ולא יהיה קנין אחר וכמ"ש התוס' על הקדש משא"כ נכרי דנתמעט ממשיכה שפיר נילף מגופו דיקנה בכסף, ולעיל דאמר ישראל מישראל יוכיח היינו משום דלא ידע עדיין מקרא דלעמיתך והי' כולה לומר שיקנה ישראל מנכרי בכסף אף שקונה ממנו גם במשיכה וע"ז שפיר אמר ישראל מישראל יוכיח דליכא הך פירכא שאמרתי דהא מנכרי ג"כ משיכה קונה אבל בסוגי' דכאן דנתמעט הנכרי ממשיכה לא קשה ישראל מישראל יוכיח דאיכא פירכא כמ"ש:

ואמנם כ"ז לא הולרך רש"י ז"ל לפרש כן אלא ארישא דמילתא דהיינו ישראל מנכרי דא"א לפרש כלל וכלל לא שלא יקנה הישראל מן הנכרי כלל בשום אופן דהוי נגד הסברא וכמ"ש משא"כ בסיפא בנכרי מישראל שם וודאי נוכל לומר דנכרי מישראל לא יוכל לקנות כלל בשום קנין וזו לא הוי נגד הסברא כלל אם נאמר דלא יוכל הנכרי להוליא מכח הישראל בשום אופן ושם באמת לא פרש"י כלום דכיון דכל הסוגי' לא איירי אלא מאותן שני הקנינים א"כ כאן וכאן הוי הפירוש כלל כלל לא מאותן שני קנינים לא כסף ולא משיכה וא"כ פי' הסוגי' שווין בהם אלא דברישא פירש"י ז"ל לעלמו כן שלא תקשה א"כ לא יקנה הישראל כלל אבל בסיפא לק"מ וממילא לא הולרך לפרש כלום אף דבאמת גם נכרי קונה בחלר מישראל כמי וכמו שיבואר לקמן אי"ה ודו"ק בכ"ז כי זהו האמת:

והנה הרי"ף ז"ל כ' בטעמא דר"י מעות קונות מק"ו דגופו קני ממונו לא כש"כ והקשה בנמק"י הא גוי יוכיח דגופו בכסף וממונו במשיכה — ולענ"ד נראה לבאר שי' הרי"ף ז"ל דהנה זהו פשוט אליבא דהרי"ף מפרש וסובר כשי' הר"מ דהנכרי או בשטר או בחזקה לפי האמת וכן מלאתי בתשו' ח"ס ז"ל, אלא דבאמת הא גופא לריך ביאור לייסב

דהכי

דהכי הוי לאסו' יקחו לאמת שיטת המקשין ולא יחושו להתרצין דקמדחי ליה דבעינן דומי' דלעמיתך בחדא ואף שיש להם ראי' מהא דרב בע"; וכמ"ש שם התוס' מ"מ הא סתמא דהש"ס לא מסיק כן ואשר ע"כ יגעתי ומצאתי ב"ה דהנה רש"י ז"ל ד"ה ואימא כו' והכי משמע קנה מיד עמיתך הוא דבמשיכה ולא בכסף הא מיד עכו"ם באיזה שתרצה עכ"ל הטהור ובד"ה מה עמיתך כו' וז"ל דהכי משמע עמיתך במשיכה ולא עכו"ם עכ"ל — וכל הרואה בעין יפה יראה שלא פרש"י כמ"ש התוס' בסברת התרצין שצריך להיות דומה דהיא באמת סברא דחוקה מאוד אבל רש"י מפרש לה דבהכי פליגי המקשין והתרצין המקשין סובר דהקרא הא מהכי תרי קנינים מיירי אחד קונה ואחד אינו קונה דהיינו משיכה קונה וכסף כמשמע מקנין באותו קרא עצמו דאמר דוקא במשיכה ולא בכסף וע"ז אתי קרא דלעמיתך לומר לך דמה שמיעטתי הכסף דוקא בישראל אבל בנכרי לא מיעטתי וקאי עמיתך על שמיעוט הנתמעט וכן פירש"י ד"ה ואימא והתרצין השיב דליכא בקרא שום מיעוט אלא משיכה לקנות נאמר בקרא אבל כסף שלא לקנות לא נאמר כלל וממילא דלא קאי לעמיתך אלא על הרבוי דהיינו על הקנין והכי משמע עמיתך במשיכה ולא עכו"ם והא דאמר דומי' דלעמיתך מה עמיתך בחדא פי' דהתורה לא מיירי אלא מחדא דהיינו מחד קנין מאותו דקנה ולא מאותו דלא קנה וממילא דלא קאי עמיתך אלא למעט מהא דקנה וזהו פי' נפלא ואמת מפרש"י ז"ל ותו ל"ל לפי' התוס' שהוא דוחק קצת:

וכדי לבאר יותר במה פליגי המקשין והתרצין נ"ל דהמקשין ס"ד דע"כ צ"ל דהקרא ממעט קנין כסף דאל"ה קשה קו' התוס' אמאי לא יליף נ"ל קנין כסף ג"כ מהקדש א"ו דאיכא כאן מיעוט וא"כ קאי קרא דעמיתך על המיעוט והתרצין סובר כתי' התוס' וליכא שום מיעוט וא"כ ע"כ קרא דעמיתך על הא דקונה נאמר ולא על הא דלא קונה:

והשתא נבאר דברי הרי"ף ונתרץ כל הקשה עליו ונראה דהרי"ף והר"ן המה סוברים ג"כ כמ"ש התוס' דר"י יליף מקרא דאו קנה או מכסף מקנתו אלא דהי' קשה להם קו' הנ"ל שהבאתי בשם הפ"י אמאי לא יליף ר"י דמשיכה קונה מאליה ומתנה והא דאמר התרצין שצריך להיות דומה לעמיתך לא רצה לפרש כפי' התוס' דהוי דוחק אלא כפרש"י דקאי על הקנין הנאמר בקרא שקונה בישראל ומזה נתמעט הנכרי וליכא מיעוט בקרא דמשיכה לא וא"כ קשה כיון דלא נתמעט נילף מאליה ומתנה וכדי ליישב קו' זו כ' הרי"ף דר"י יליף לה מק"ו דגופו דמק"ו זה מוכח דלר"י דוקא כסף ומשיכה לא וכמו שאבאר דהא כבר כתיב לעמיתך למעט נכרי מקנין של ישראל וא"כ איך תדרוש קרא דלעמיתך אם תדרוש ישראל מנכרי לא קנה בכסף זהו אי אפשר דהא הוי נגד הק"ו גופו קני בכסף מכש"כ ממונו וא"א לדרוש קרא נגד הק"ו והסברא (וכן כתבו התוס' בעירובין דף כ"ד ע"ב ד"ה מ"ע דאין דורשין קרא נגד ק"ו) וא"כ ע"כ אנו דורשין מעמיתך בכסף ומנכרי או בזה או בזה ומוכח א"כ דישראל רק בכסף ולא במשיכה דאי ישראל קני בתרתי וכ"ל דמשיכה ילפינן מאליה ומתנה א"כ עמיתך מה אתה דורש הא מכסף ליכא למעטי דמנכרי בכסף לא דהוי נגד ק"ו וע"כ מנכרי בשתיהן וא"כ ישראל רק בחדא בכסף דא"כ ל"ל לעמיתך וזהו שכי הרי"ף דר"י יליף מק"ו היינו דמכח ק"ו זה מוכח דר"י רק מעות ולא משיכה וכמ"ש ודו"ק ול"ק קו' הנמק"י דגוי יוכיח דהא גוי או בזה או בזה לר"י גם מה שהקשיתי דהוי נגד סוגי' דבכורות לק"מ דשם הסוגיא אליבא דר"ל דמשיכה כתיב בקרא ואתי למעט נכרי מקנין דקרא דהיינו משיכה וע"ז שפיר נוכל לדרוש עמיתך במשיכה ולא נכרי וכדפרש"י ולא הוי נגד ק"ו ולא דרשינן או בזה או בזה כס"ד דמקשין דהוי סובר דאיכא כאן מיעוט אלא כתרצין דליכא שום מיעוט וקאי על קנין הכתוב, אבל לר"י דא"א לפרש כן דממעטינן נכרי מכסף דקרא דהוי נגד ק"ו וע"כ אנו דורשין או בזה או בזה וכסברת המקשין וא"כ ישראל במשיכה לא דאל"כ מה נעשה בקרא דלעמיתך דהא שוין הן לפ"ז א"ו כלה התורה להורות לנו דישראל בחדא רק בכסף ונכרי בתרתי וזהו דבר חריף בס"ד:

דין ב.

אין מעות קונות מדרבנן ואם קידש אשה בחפץ או בהמעות מה דינן.

הנה ר"י אמר דמדרבנן אין המעות קונין משום שמא יאמרו לו נשרפו חיטך בעלייה והקשו התוס' בשם ריב"ן אמאי עקרו חז"ל קנין מעות לגמרי לתקנו שצריך תרתי מעות ומשיכה ותירצו שאם לא תקנה משיכה יאמר הלוקח למוכר נשרפו חיטך ע"כ וקשה לי לדעת רש"י והרמב"ן שהבאתי לעיל דאף אי משיכה לא קנה מ"מ יקנה החצר א"כ אכתי הדרא קו' התוס' לדוכתא לתקנו שצריך תרתי ולא תקנה משיכה לחודא בלא מעות ואי שיאמר הלוקח למוכר נשרפו חיטך הא אף אי משיכה לא תקנה מ"מ כשיבואו החיטין לחצרו אזי חצרו יקנה לו ותו לא יכול הלוקח לומר לו נשרפו וסתמא כשלוקח חטין בשוק הוא מביאן אח"כ לחצרו שלו או שמושכר לו וקנה לו החצר, אבל משיכה שהיא לשימטא או משיכה או בשאר מקום הקונה לא תקנה בלא מעות אלא החצר שהוא קנין תורה תקנה לו ותו לא יאמר הלוקח נשרפו דהא הם בחצירו ואין לומר דחיישי' שמא ישרפו החיטין מיד כשקנה בשוק קודם שהביאם לרשותו דבזמן קצר כזה לא חיישי' לאונס וסברא זו מוכרחת מתוס' עירובין פ"א שכתב שם דאי לאו דברי ריב"ן ה"א דלא שכיח שיאמר שמשיכה או המעות כיון שאינם קונות וקשה הא מ"מ יש לחוש לשמא יארע דליקה בזמן שמועט אף אם לא יאמר אלא ודאי דזה ודאי מילתא דלא שכיחא שיארע בזמן קצר כזה דוקא וא"כ אף לפי' הריב"ן הוא חיים לשמא יאמר המעות או המשיכה לזמן מרובה ובתוך הזמן יארע אונס אבל להא שמא יארע בזמן הקצר עד שיביאו לרשותו ודאי דלא חיישינן כלל וא"כ קשה וזהו קו' גדולה — וע"כ נ"ל ברור דכל קו' התוס' לא היתה אלא לשיטתם דלעיל שהם סוברים דכל שאין משיכה מה"ת גם חצר לא קנה מה"ת ובמציאה ומתנה דליכא מעות ע"כ משיכה קונה מה"ת אבל לשי' רש"י והרמב"ן הנ"ל דבמציאה ומתנה ג"כ ל"ק משיכה מה"ת אלא חצרו באמת לק"מ קו' התוס' וממילא לא צריך לתירוצם, והוא כמו שאבאר דלכאו' יש לראות בקו' ריב"ן מה זו קושי' למה עקרו קנין מעות לגמרי ושילטרכו שניהם הא כיון שהוצרכו חז"ל לומר מעות אינם קונים א"כ כבר עקרו הדין תורה לגמרי שהתורה אמרה מעות לבדן קונין ומה יועילו במה שיתקנו שאם ימשוך יתן עוד מעות מ"מ הא התורה אמרה מעות קונות והם עקרו הדין תורה ונראה ע"כ דקושי' הריב"ן הכי הי' דהוא סובר דהתורה אמרה שני דינים א' מעות לחודן קונות ב' שצריך דוקא מעות ובמשיכה בלא מעות לא קנה וע"כ צ"ל כן דאל"ה אלא דהתורה לא אמרה אלא מעות קונות א"כ אמאי לא נילף משיכה כמו קונה מאליה ומתנה א"ו דהתורה מיעטה דהיכא דאיכא מעות ל"ק משיכה לחודא בלא מעות ועיין לעיל שכתבתי מהיכא מוכח כן מן התורה, סוף כל סוף ע"כ התורה שתים אמרה מעות קונות וגם שמעות מעכבין וע"ז שפיר הקשה ריב"ן שאם חז"ל הוצרכו לעקור דבר אחד מן התורה דהיינו שמעות לבדן לא קנה למה יעקרו עוד מה שאמרה התורה עוד שמעות מעכבין ושמשיכה לבדה בלא מעות אינה קונה לתקנו גם הם שצריכין תרתי ובזה ישאר הדין תורה באמת עכ"פ ובאופן זה קושי' הריב"ן הי' קו' מושכלת ומוכרח ועי"ז שפיר תירץ דאי משיכה לבדה לא תקנה יאמר הלוקח כו' — והא תינח לשיטת התוס' אבל לשי' רש"י ורמב"ן דליכא משיכה מה"ת כלל אפי' במציאה ומתנה אלא חצר, וא"כ התורה לא כתבה אלא חדא דמעות לחוד קונה והא דמשיכה בלא מעות אינה קונה לא נאמר בקרא כלל דע"ז ל"ל שום מיעוט דמשיכה מהיכי תיתי שיקנה וא"כ כיון שהוצרכו לתקן דמעות אינם קונים כבר עקרו לגמרי הד"ת ולא יועילו כלום במה שיתקנו שצריך מעות עם המשיכה מ"מ נעקר הדין תורה לגמרי ול"ק קו' הריב"ן כלל וממילא דלא צריכין לתירוצו וזהו דבר נחמד בס"ד:

ולענין אם קידש הלוקח אשה בחפץ שקנה במעות לבדן נראה מרש"י דמקודשת והריטב"א כתב דלא מחוור דהספק ב"ד הספק ול"ק מה"ת כלל — ובמח"א נסתפק בכוונת רש"י במה שאמר דר"מ לענין איסורא אי כוונתו על החפץ שקנה במעות לר"י או כוונתו על המעות שקיבל המוכר — ומדברי הריטב"א בהשגתו על רש"י נראה שפי' דברי רש"י על המעות שקיבל המוכר שקיים שם דאף לר"י אינה מקודשת לע"ד דל"ל נשות לאפקינה ע"כ:

ובטור סי' קל"ח כ' וז"ל ולפיכך משקיבל המוכר המעות הוי שלו מה"ת ואם קידש בהם אשה מקודשת עכ"ל ופי' הסמ"ע בטעמו משום דקנין מעות מה"ת לא זז ממקומו לענין איסורא ולחומרא ולא תקינו לענין איסורא והקשה בהגה' מח"א הא בלא"ה כיון דהמוכר מותר להשתמש במעות ולעשות בהם כל צרכיו א"כ גם לקדש בהם את האשה מותר ול"ל להסמ"ע טעם שלו — ונלענ"ד דעל הסמ"ע לק"מ דהוא לקח לו כן מדברי הטור עצמו דהא הטור גופא פסק לקמן דהמוכר מותר להשתמש במעות וממילא שכל תשמיש מותר ומהכי לקידושין ג"כ וא"כ מאי לפיכך שאמר כאן דמשמע משום שקנה מה"ת מהני הקדושין ואי דר"ל דמשום שקנה מה"ת מותר בתשמישן וע"כ מהני גם קדושין, ז"א דמ"מ מיותר הך דינא דמשפסק לקמן דמותר בתשמיש שלהן ידענו ג"כ לקדושין א"ו דהטור רצה כאן דאפי' באופן שאסור לו להשתמש בהן דהיינו אם בא הלוקח וחזר בו ואמר תן לי מעותי שאני אחזיר בי משמקח וגם המוכר אמר לו ללוקח בא טול מעותיך דהפוסקים חולקים בזה ויש אומרים דמשעה שאמר לו המוכר טול מעותיך תו הוי הכי מעות פקדון אצל המוכר ואסור בתשמישן ואמר הטור דמ"מ לענין קדושין מהני לכ"ע והטעם דהא מה"ת קנה המוכר לאותן מעות והוי שלו וחז"ל לא הפקיעו קנינו לחומרא ועד שחזר המוכר והקונה המעות ללוקח חלו הקדושין ואפי' אמר בא טול מעותיך וכן נראה לי לדינא.— והנה במח"א פי' י"ב מקנין מעות הקשה על הר"מ שסותר עצמו דלענין מעילה פסק באם כהן פרוטה ולא משך לא מעל ובפ"ט מתרומות פסק ישראל שלקח מכהן פרה במעות ולא משך אסור לכהן להאכילה תרומה משום דמעות קונות דבר תורה — ונלענ"ד דהר"מ סובר דחז"ל לא עקרו קנין מעות אלא שיכולין לחזור בהם אם ירצו אבל כל זמן שלא חזרו בהם חל הקנין וכן היא שיטת בעל

בעל המאור ז"ל למעיין בסוגי' וא"כ שפיר אסור לכהן להאכילה תרומה דהא לא חזרו ועד שלא חזרו הוי של ישראל. ואל תתמה ע"ז שכן סובר הרמב"ן במלחמות ב"ק דף ע' לענין מקנה דבר שלא ב"ל דעד שלא חזר בו אין המקח ע"ש — אבל לענין מעילה דלא חייב אלא על שנוי רשות לגמרי דכן סובר הר"מ שם בהל' מעילה דעל שנוי רשות מהדיוט להקדש בא החיוב וא"כ כל שיכול לחזור בו לא מיקרי שנוי רשות שהרי עדיין לא יצא לגמרי מרשות הדיוט דהא יכול לחזור בו וכן מוכח בב"מ דף כ"ט דבמעילה בחזרה תליא מילתא וזה ברור אצלי בדעת הר"מ ז"ל:

וסברא זו נ"ל ג"כ בדעת מל"מ שעלה ונסתפק במוכר שקידש באותו החפץ שמכר במעות אי מקודשת למוכר ע"ש בפ"ח מאישות דלכאורה לפי מה דקיי"ל דקנין דרבנן מהני אף לדין תורה ולא פליגי הפוסקים אלא במעמד שלשתן וכמו שאבאר אי"ה לקמן אמאי הא תינח בקנין שתיקנו חז"ל לקנות בו דכיון שקנה הוי שלו אף לענין תורה משום הפקר ב"ד וכמ"ש הר"ן בקנין ד"א לענין גט ובדומה אבל כאן שעקרו הד"ת לומר דלא קני במעות הלא כבר הקשה הריב"ן למה יעקרו הד"ת לגמרי ותירץ וכן אני אומר כאן דאם עקרו קנין מעות לענין שיכול כ"א לחזור בו שני להקנותם דהי לא יכול לומר לו נשרפו חיטך דהלא יחזור בו אבל למה להם לחז"ל לעקור את הקנין ולעשותו כאילו לא נעשה שום קנין כלל עד דאפי' קודם חזרה לא הוי קנין כיון שאין עקירה זו צורך לתקנתם למה יעקרו דין תורה כ"כ לגמרי וזהו הספק של מל"מ דאפשר שאינה מקודשת דקודם חזרה הוי של לוקח בדין דרבנן ג"כ כמו בד"ת דהם לא תיקנו רק שיכול לחזור בו.

ואמנם ראיתי בתח"ש יו"ד קי"ד שהניח המל"מ בצ"ע דהא כיון שקידש בו את האשה א"כ אין לך חזרה גדולה מזו ומאי ספק הא מקודי' וודאי ולענ"ד דהכ"מ הי' שקדשה במתנה ע"מ להחזיר והוא לא חזר מהמכר כלל אלא סבר שאחר שתחזיר לו האשה החפץ יקיים מקחו ונשאלה אי כיון דלא קני הלוקח כלל מקודשת ואי אמרי' דהלוקח קנה מה"ת עד שיחזיר המוכר או הוא א"כ כל שלא חזר הוי שואל שלא מדעת במה שנתנה להאשה ולא מהני כיון שלא ידע הלוקח מהקדושין:

דין ג.

אם מותר למוכר להשתמש במעות שקיבל ומה הוא עלייהו.

הנה התוס' כתבו פ' המפקיד דף מ"ג דלר"י דמעות קונות מה"ת לא הפקיעו חז"ל כח המוכר שיש לו במעות ומותר להשתמש בהם ולר"ל אסור ובעירובין שם הקשו הא אי מעות ל"ק יאמר המוכר נשרפו מעותיך וכתבו שם וז"ל דאע"ג דגבי זוזי הוי עלייהו ש"ש היינו משום דשרי להוציאם עכ"ל והוכיחו כן מהא דרבא בב"מ דף מ"ט דאמר ליה תא ושקיל זוזי הוי ש"ש וא"כ ע"כ דמותר להוציאם ואין להקשות הא אי מותר להוציאם א"כ הא הוי לוה עליהן וחייב באונסין ואמאי אמר רבא דלא הוי רק ש"ש ולק"מ דאכן הא כר"נ דבפ' המפקיד קיי"ל דסובר נאנסו לא ולא הוי ע"י היתר תשמיש אלא ש"ש ואף דרבא פריך שם אדר"נ ומשמע דסובר כר"ה מ"מ לדינא וודאי דסובר כר"נ דאל"כ סותר א"ע ודו"ק:

אמנם הא קשי' לי הא רבא אמר קרא ומתניתא מסייע ליה לר"ל וא"כ לפמ"ש התוס' דלר"ל אסור להשתמש א"כ אפי' ש"ש לא הוי דהא אסור בתשמיש, אלא דהתוס' לשיטתייהו דהם סוברים דאף דרבא אמר קרא ומתניתא מסייע לר"ל מ"מ אינו סובר כן לדינא אלא כר"י, ואלא לרש"י ז"ל שהוא פוסק כר"ל מהא דרבא ודאי קשה דא"כ הא סותר רבא א"ע במה דפסק דהוי ש"ש ואין לומר דרש"י סובר דגם לר"ל מותר המוכר להשתמש במעות דא"כ תקשה קו' התוס' נתנה לספר אמאי לא מעל לר"ל כמו לר"י:

ואפשר דסובר רש"י דכיון דאדחי הך מימרא דרבא לגבי שומשמין לגמרי אדחי ולאו דינא הוא כלל וכן נראה מלשון הרי"ף ז"ל ועדיין צ"ע:

והנה הרב האי גאון וכן הרי"ף סוברים דאפי' באונסין חייב המוכר קודם שקיבל מי שפרע וכו' שם דמילי' בטעמא נינהו דהוה ליה לוה עלייהו וחייב באונסין ומלשון הרי"ף וסברתו נראה שאין חילוק בין ר"י לר"ל בזה דהא לר"ל איתא נמי להך סברא דהוא לא יהיב ליה אלא אדעתא דלר"ל גבי מצריה אלא הך זביני וברשותו דמוכר קיימי ואני הבאתי ראיה לשיטה זו דאפי' למ"ד מעות אינם קונים מ"מ הוי הלואה גביה מהא דאמר רב בע"א דף ע"א למוכרי יין שישקלו המעות קודם דאי לא הוי דמי יי"נ והקשו בתוס' שם הא אי משיכה קונה א"כ מעות אינם קונים בנכרי ונעשו למפרע דמי יי"נ וע"ש שנדחקו בתוס' הרבה ולשיטה זו של רב האי לק"מ דכיון דהישראל מותר בתשמיש המעות הוי הלואה גביה ולהוצאה נתנם והוי כאינם בעין אפי' הם בעין ולא חל עלייהו איסור של יי"נ דלאו חלופין נינהו (אחר שכתבתי מצאתי כן במח"א) והתוס' שהקשו כן הם לשיטתם אזלי דלא הוה הלואה:

שוב מצאתי כן בריטב"א בע"ז שם שכ' כן בשם י"א דהוי המעות הלואה אבל הוא ז"ל אין דעתו כן אלא כמ"ש בב"מ שגם שם כ' דשיטת רב האי לא יתכן אלא לר"י אבל לא לר"ל אבל לא כי הריטב"א שום טעם לדבר דהא סברתו של רב האי שייכא לר"ל ג"כ. אלא דמוכח כן דאי הוי הלואה לר"ל א"כ קשה מאי דנתנה לספר אמאי לא מעל לר"ל כמו לר"י:

ואמנם נתישבתי דלק"מ ומיושב נמי מה שהקשיתי לעיל על רש"י ז"ל מהא דרבא, דהא שכ' התוס' דע"כ לר"ל אסיר להשתמש בהו דאל"כ קשה מהא דנתנה לספר היינו לר"ה שהוא סובר דהיתר תשמיש מחייבו באונסין וכל שחייב באונסין ה"ז מעל דחיוב אונסין גורמת שמעילה וא"כ לר"ה וודאי דע"כ לר"ל אסור בתשמיש דאי מותר א"כ אמאי לא מעל בנתנה לספר והא תינח לר"ה אבל לר"נ ולדידן דקיי"ל כותיה דאין היתר תשמיש מחייבו באונסין א"כ י"ל דגם לר"ל מותר בתשמיש אלא דמ"מ אינו חייב באונסין וא"כ שפיר אמר רבא דהוי ש"ש משום שמותר בתשמישן ומ"מ לא מעל כיון שאינו חייב באונסין. — ובזה נוכל להבין מ"ש הריטב"א דסברת רב האי לא נאמרה אלא לר"י ולא לר"ל דלכאורה מה סברא יש לחלק בין ר"י לר"ל כיון דסברת רב האי הוא משום דהלוקח נתנם לו להנפקינהו א"כ מה חילוק בין ר"י לר"ל ולפמ"ש א"ש דוודאי לענין היתר תשמיש אין שום חילוק דגם לר"ל מותר להשתמש בהם דהלוקח לא נתנם לו אלא להך זביני ולא להחזירם לו אבל לענין חיוב אונסין שפי' רב האי דהיינו שיהיו אצלו בתורת הלואה וודאי שיש חילוק בין ר"י לר"ל וכמו שאבאר והוא דכל חיוב אונסין אי אפשר אלא ע"י קנין שקנה אותן המעות אבל אם לא קנה אותן להיותם שלו אי אפשר לחייבו באונסין וכמבואר בסנהדרין דף ע"ב ויבואר אי"ה לקמן בחיבורינו דגם שואל שחייב באונסין הטעם משום שקנה החפץ לתשמישו כל זמן השאלה אבל אם לא קנה אפי' אם מותר בתשמישו מ"מ אינו חייב באונסין דכיון שהחפץ של משאיל או המפקיד א"כ מלאך המות מה לי הכא מה לי התם ולא חייב באונסין אלא אם קנהו השואל והוי שלו ושלו נאנס ועי"כ חייב. ומעתה לר"ה דכל היתר תשמיש מחייבו באונסין וא"כ ע"כ דהוא קונה דכל שמותר בתשמיש קנה אותן לתשמישו ומש"ה חייב אף באונסין וא"כ ע"כ ר"ל דסובר נתנה לספר לא מעל ע"כ אסור בתשמישו אבל לר"נ דהוא סובר דאף שמותר בתשמיש מ"מ נאנסו לא דהיינו שהוא סובר דאף שמותר מ"מ לא קנה אותן לתשמיש אלא דמ"מ מותר להשתמש בהם דאמרינן הלוקח אינו מקפיד אם ישתמש בהן אבל מ"מ לא קנה אותם וכל זמן שירצה הלוקח או המפקיד מעות מותרין מחויב להחזירם מיד דקנין אין כאן וליכא חיוב אונסין וכיון שהמעילה בקנין וחיוב אונסין תליא א"כ אף דלר"ל ג"כ מותר בתשמיש מ"מ לא הוי עלייהו לא שואל ולא לוה דלא קנה אותן מש"ה לר"י מודו רב האי גאון וסברת התוס' דלא הפקיעו חכז"ל קנין מעות מהמוכר והוי לוה עלייהו דהא קנה אותם זהו סברת הריטב"א בכוונת רב האי לחלק בין ר"י לר"ל והיינו לענין שיהיו הלואה גביה ולחייבו באונסין דלר"י חייב ולר"ל אינו חייב אבל לענין היתר תשמיש וודאי שאין חילוק ובסברת רב האי דהאי לוקח וודאי שאינו מקפיד על התשמיש דהא לא נתנם לו אלא דלהוי גביה הך זביני:

והנה בב"מ דף מ"ג שם הקשה בפ"י על הא דפריך ליה ר"נ לר"ה דמנ"ל לר"נ דלר"ה הוי לוה עלייהו דילמא אף דמחויב באונסין מ"מ לא הוי אלא שואל וכמו במשאיל קרדום לר"ה דלא מעל עד שיבקע בה כן נמי הכא עד שיוציא וע"ש שהניח קו' זו בצ"ע:

ולענ"ד נראה דוודאי ר"ה ור"נ בהא פליגי דר"ה סובר ע"י היתר תשמיש קנה אותן לתשמיש זה ומש"ה חייב באונסין ור"נ סובר דאף דמותר מ"מ לא קנה והא דלר"ה בשואל קרדום דלא מעל עד שיבקע ובקוש' הפ"י נ"ל דלפמ"ש התוס' שם דף מ"א ע"ב ד"ה האי דהא דחייב השואל באונסין משעת משיכה ה"ט דהוי כאילו השתמש בה מיד וא"כ במעות כיון שכל התשמיש של מעות הוי ההוצאה ותשמיש אחר ליכא בהו וא"כ כיון דע"י היתר תשמיש הוי עכ"פ כשואל לר"ה וא"כ מש"ה חייב מיד באונסין משום דהוי כאילו כבר נשתמש בהו והיינו כאילו הוציאן ולולי כן לא הי' חייב עלייהו באונסין משעת משיכה וכמ"ש התוס' הנזכר וכיון שכן הוי כאילו הוציאן וא"כ תו לא מחויב להחזירם אותן מעות בעין דהא כיון שאנו אומרים דהוי כאילו הוציאם כבר מילתא שקנה אותן וכן הא דאמרי' בקידושין מלוה ברשות בעלים לחזרה לאו מ"ד ובאונסין חייב מ"מ כדמסיק שם ע"כ נ"ל נמי שהלוה קנה אותן המעות מיד ומש"ה חייב באונסין דהוי כאילו נשתמש בהן והוציאן לענין חיוב אונסין אלא דמ"מ לענין חזרה לא קנה אותם עד שיוציאן באמת וכשהמלוה חוזר בו חייב הלוה להחזיר לו לשמלוה אבל לא דוקא אותן המעות דאותן קנה הוא דהוי כאילו הוציאן אלא דלענין שיהיה החוב כל זמן ההלואה שהותנו ושלא יהי' הלוה מחויב לשלם לו בתוך זמן זה לענין זה צריך דוקא הוצאה ממש אבל כיון דלענין אונסין הוי כאילו הוציאן א"כ שפיר פריך ר"נ אמאי לא מעל לדידך והא דקרדום שאני דשם אף דלענין אונסין חייב משעת משיכה דהוי כאילו נשתמש מ"מ האי סברא דהוי כאילו לא מהני לענין מעילה דמעילה בחזרה תליא מילתא דכל שיכול לחזור לא נשתנה מרשות לרשות ושם הא הקרדום חוזרת בעינה ואף דלענין אונסין חייב משעת משיכה דהוי כאילו ביקע בה מיד מ"מ על סברא זו לא מעל דהא באמת לא ביקע וגם לא פעל סברא זו כלום דהא הדרה בעינה משא"כ במעות דהוי ג"כ כאילו

נשתמש והוציאם ואף דעל קבלה דהוי כאילו ליכא מעילה מ"מ איכא מעילה על הפעולה שפעלה קבלה זו דהוי כאילו דהא מכח קבלה זו אין הלוה מחויב להחזיר אותן המעות בעצמם דאותן המעות קנה מיד ע"י קבלה זו וכיון שקנה מעל כמו שאם הוציא באמת דהרי קנה אותן ונשתנו מרשות לרשות ע"י כך ואין לומר דבהקדש הא ג"כ פעלה אותה הקבלה שקנה אותה לענין תשמיש זה אינו דהא לא קנה והא ראיה שאם יכלה המשאיל יחזור בו ותו אסור בתשמיש, משא"כ כאן אף אם חוזר בו המפקיד ע"מ כבר קנה אותן המעות ומותר בהם ונותן לו אחרים ועל אותן המעות מעל מיד, אבל ר"ל סובר דלא קנה כלל אף שמותר בתשמישן מ"מ כל שלא לוה בפירוש לא קנה כלל וגם אינו חייב באונסין שלא לכך עומדין להשתמש בהן כל שלא לוה אותן ודו"ק בכ"ז כי הוא ארוך ונעים בעז"ה, ועיין עוד לקמן סוף דין ה' :

והנה בנתן מעות על פירות כתב הסמ"ע בסי' ס"ו דהוציא ואין המקח קיים לא הוי על המעות אלא ש"ש והש"ך שם חולק עליו והביא ראיה מפרדיסא ומהכיר בה שאינה שלו דהוי הלואה וחייב באונסין וכ' הקצה"ח שדברי הסמ"ע מבוארים בתוס' פ' המפקיד כו' ולר"ל ודאי כיון דמעות אינם קונים אסור להשתמש במעות ולא הוי שואל וא"כ ה"ה הכא לפמ"ש בקק"ב דבפירות לא מהני כסף מה"ת וא"כ אסור להשתמש בהו והוי כמו מטלטלין לר"ל דלא הוי שואל עכ"ל ודברים אלו מאוד תמוהים בעיני דאי אסור להשתמש בהו א"כ אפי' ש"ש לא הוי אלא ש"ח כמבואר מכל מה שביארנו לעיל וכן מוכח מתוס' עירובין הנ"ל וכן מוכח מתוס' פ' המפקיד דלר"י דמותר להשתמש הוי לר"ה לוה עלייהו וחייב באונסין ולר"נ גם לר"י לא הוי אלא ש"ש וממילא לר"ל שאסור בתשמיש לא הוי אפי' ש"ש אלא ש"ח והסמ"ע הא כתב דהוי ש"ש וקשה ממנ"פ אי אסור בתשמיש לא הוי אלא ש"ח ואי מותר בתשמיש קשה אמאי מותר הא לא קנה מה"ת :

ולולי דברי הקצה"ח יש ליישב דברי הסמ"ע לפמ"ש לעיל דסובר דכיון דקיי"ל כר"נ דהיתר תשמיש אינו מחייבו באונסין הדרן לסברא שגם לר"ל מותר בתשמיש כי כן הסברא נוטה וכמ"ש לעיל וכסברת הרב האי והרי"ף וממילא דהוי שפיר ש"ש לר"נ ולדידן. ולק"מ מנתנה לספר דלא מעל דהא ליכא אונסין והתוס' שכתבו לר"ל אסור בתשמיש הולכים לר"ה, וזה ברור אצלי בכוונת הסמ"ע ודברי הקצה"ח לע"ג :

והש"ך שם חולק על הסמ"ע והתוס' וקצה"ח סתרי כל ראיות הש"ך ובאמת שעל הש"ך ודאי קשה מתוס' פ' המפקיד דהא ע"כ מודה הש"ך דלר"ל לא שוה לוה עלייהו כדמוכח מהא דנתנה לספר לא מעל וא"כ ממילא שגם לר"י היכא דמעות נ"ק הוי כמו לר"ל וכמו שהקשה בקצה"ח — ולאומר העניין נ"ל דהוא ז"ל לשיטתו הולך שהוא סובר דבנתן מעות על פירות ורוצה לחזור קאי במי שפרע ודלא כרמ"א בסי' ר"ו ע"ש, והש"ך סובר כר"י מיגאש דאף היכא דל"ק מעות איכא מי שפרע בדברים ומעות וא"כ כיון דחז"ל תיקנו למי שנתן מעות איכא מי שפרע ואסור לחזור בו וא"כ קנה המעות מדרבנן קנין קצת למ"ש ומעתה הדרן לסברת הרב האי והרי"ף דהלוקח לא נתן לו המעות אלא להוי גביה הך זביני דהרי אסור לחזור בו ומש"ה הוי הלואה גביה :

ואמנם לענין חיוב מעילה כיון דל"ק מה"ת כלל אינו חייב לר"ל בנתנה לספר דאף דמדרבנן אסור לחזור מ"מ כיון דמה"ת ליכא שום קנין ליכא מעילה ואף אי אמרינן דבקנין דרבנן איכא נמי מעילה מ"מ היינו היכא דאמרי רבנן דקנה לגמרי ותיקנו כעין דאורי' וגם בכה"ג איכא פלוגתא בין הפוסקים אבל בקנין זה של מי שפרע ודאי דלא מהני שיצא קרבן מעילה וא"כ ל"ק על הש"ך מהתוס' ולא מידי דהם מהא דמעילה מיירי ולכך שפיר חילקו בין ר"י לר"ל והיינו לענין ד"ת ולענין מעילה וזה נכון :

ולענין מי שמכר פירות וקיבל מעות וקידש אשה באותן המעות נראה דתלי' בהך פלוגתא דלהש"ך דהוי הלואה גביה מקודשת ולסמ"ע וכן סברי כל האחרונים אינה מקודשת :

דין ד.

חיוב מי שפרע.

הנה מי שקנה ונתן מעות ולא משך תנן במתני' דאיכא מי שפרע ויש כאן פלוגתא בין האחרונים י"א דאפי' במקום דל"ק מעות מה"ת מ"מ איכא מ"ש בדברים ומעות וכדמסיק בגמ' לר"ל כן נמי לר"י היכא דל"ק מעות מה"ת וי"א דוקא היכא דקני עכ"פ מה"ת אבל היכא דל"ק ליכא מי שפרע ועפ"ז פסק הרמ"א בסי' ר"ו דבקנה פירות ליכא מ"ש והש"ך חולק עליו, והקצה"ח הקשה על הש"ך שהוא סותר א"ע שהוא פוסק ביו"ד סי' קע"ג דמי שמכר שטר ח"ב צריך דוקא כתיבה ומסירה ואל"ה הוי ריבית ולפי דעתו שבכאן דאם מכר בכסף איכא מי שפרע א"כ הא כתבו הש"י ותוס' פ' א"נ דכל היכא דאיכא מי שפרע ליכא איסור ריבית ע"ש דלענ"ד לק"מ דודאי לא מהני קנין מ"ש לריבית דאו' דהוי קנין שלם אלא דהתם ליכא בלא"ה אי' דאו' דהוי יש לו ואזילי גבי' ועיין פ"י שם אבל במכר שטר דאי לא הוי מכירה א"כ הוי הלואה ואיכא אי' תורה ולא מהני מ"ש להצילו מאי' דאו' וזה ברור :

והנה בפוסק על שער שבשוק כ' הרמ"א דאיכא מ"ש וכן הובא בש"ע והקשה בכ"מ הא אין קנין לדבר שאינו ברשותו וא"כ גם מ"ש ליכא ותירץ בחד תי' דמקרי דבר שברשותו כיון שהוא מצוי ולפ"ז יכול להקנות כן גם באג"ק ועיין סמ"ע וש"ך שם, ובנתיבות רוצה להוכיח דליכא בשער שבשוק קנין אלא למ"ש אבל לא באג"ק דאי קנה לגמרי באגב א"כ גם במעות יקנה לגמרי דהא ליכא גזירה שמא יאמר נשרפו דאין ההפסד על הלוקח ע"ש ולענ"ד משום הא לא איירי דאף היכא דלא שייכא הגזירה לא פליגי רבנן דלא אמרו כן בגמ' אלא בעלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר ויש לי ע"ז כמה ראיות ודלא מהא שהקשו האחרונים אמאי לא עקרו קנין סודר, ותירצו משום דלא קיבל המוכר את המעות וקשה לפ"ז מי שנתן פרוטה לקנין על מקח של מאה זוז יהי' קונה דהא עדיין לא קיבל עיקר המעות ולא חיישינן שלא יציל א"ו דלא פליגי רבנן ועוד ראי' מהא דהכסף אינו קונה את הזהב כמו שיבואר לקמן אי"ה .

ואמנם בעיקר מ"ש הכ"מ דהוי ברשותו משום דהוא מצוי לקנות אנכי מצאתי היפך מזה בש"ס ב"מ דף ע"ז אהא דאמר רבא שם מסתברא מלתא דרב בשדה סתם ופרש"י דסתמא דעתי' של מקבל מתנה שהרבה שדות מצויות ליקח כו' ובד"ה הא אשה כ' בש"מ בשם הריטב"א וז"ל פרש"י ז"ל דקאי אהאי דלאמר שתמות בעליך כו' אבל אמר שתתגייר בשדה סתם דמי דהא בידייהו לאתגיורא כו' מ"מ מצינו ב"ד לקבל גרים הלכך רבנן אפי' בשדה סתם פליגי ור"מ אפי' בשדה זו פליג וקשה רבא דאמר ומסתברא מילתא דרב בשדה סתם כמאן אמרה דאי כרבנן הא פליגי רבנן הכא אפי' בשדה סתם כו' וקושיין נמי בכולה תלמודא דאפי' בפירי דקל דעבידי דאתי ממילא פליגי רבנן עכ"ל הלכך ומסוכם יוצא דאפי' בשדה סתם שהרבה שדות מצויות ליקח מ"מ פליגי רבנן כדמוכח מפי' דקל דעבידי דאתי וזה לע"ג :

והנלענ"ד לולי דברי הכ"מ בדעת הר"מ ז"ל לחלק דאף דבדבר שלא בא לעולם ליכא מי שפרע מ"מ בפוסק על שער שבשוק איכא והטעם דכל פוסק על שער שבשוק כיון שאינו מוכר דבר מיוחד שיחול עליו הקנין אם כן הוא אינו מוכר כלל אלא לוקח על גופו חוב ושיעבוד במעות שלקח לספק לו חיטין כפי אותו השער ומש"ה יכול המוכר לאכול החיטין ואחריותן עליו כיון שלא נקנה כלום ללוקח אלא שהוא מחויב להעמידם לזמן המוגבל, וכמו דמהני מעות לעשות קנין מה"ת כן נמי מהני מעות לחייב ולשעבד את גופו מה"ת אלא שחז"ל כמו שעקרו קנין מעות לקנות כן עקרו גם לחייב ולשעבד גופו דלא פליגי וכמ"ש לעיל אבל לענין מי שפרע כמו דאיכא בקנין כן נמי בחיוב של גופו איכא מי שפרע אלא דבלא יצא השער איכא אי' ריבית ותו ליכא מי שפרע אבל ביצא השער דמותר איכא מי שפרע וא"כ לפ"ז אף בדבר שלא בא לעולם ליכא מי שפרע היינו באופן שמוכר החפץ שלא בא לעולם ושיחול הקנין על החפץ כשיבוא לעולם או על פירות דקל אילן ושיחול עליהם הקנין ועל גופו לא לקח שום חוב ושיעבוד וא"כ ממילא כמו שאינו חל הקנין כלל כן נמי לא חל למי שפרע אבל בפוסק על שער שבשוק הא לא מכר כלום אלא על גופו לקח חוב ונשתעבד לכך ומה"ת הא חייב להעמידם לו אלא דמדין חז"ל לא חל ושפיר איכא מי שפרע וזה ברור מאוד :

שוב מצאתי במחנ"א הל' מעות קונות סי' י"ד ובהלכות מוכר דשלב"ל סי' ג' ד"ה וראיתי ע"ש היטב ושמחתי מאוד שכוונתי לדעת הגאון ז"ל בעיקר הסברא ויש לי ע"ז ראיה גדולה ממתני' דקתני הכסף אינו קונה את הזהב דפירושו אינו מחייב כמו רישא הזהב קונה דמפרשינן מחייב וא"כ ה"נ הכסף אינו מחייב והיינו היכא דלא ייחד את הזהב אלא שלקח כסף ונתחייב ליתן בעבורו זהב ואמר התנא שאינו מחייב אותו ולא מהני לקיחת הכסף לחייבו והטעם משום שחז"ל עקרו קנין כסף ועל כל אינו אמר התנא דאיכא מי שפרע דעל הכל אמר התנא דאף שאינו קונה ולא מחייב מ"מ איכא מי שפרע ודו"ק בזה כי זה ברור כשמש, ובזה נדחו דברי הגאון נתיבות ז"ל הנ"ל שהבאתי אלא דלא פליגי רבנן ואף דלא שייכא הגזירה שמא יאמר נשרפו מ"מ עקרו המעות בין לקנין בין לחיוב על גופו :

דין ה.

מלוה לא קנה ואפי' לא שפרע.

קיי"ל מלוה לא קני כלל לא בקרקע ולא במטלטלין למי שפרע ונחלקו האחרונים בטעם הדבר הרמב"ן פ' הזהב וכן הרשב"א והריטב"א סברי משום דמלוה הוי דבר שאינו ברשותו להקנותה ולא להקדישה ובעל המאור שם וכן המרדכי ס"פ הספינה סוברים דכל מלוה הוי ברשותו להקדישה ולא דמי לגזל והביאו ראיה מדקנה במעמד שלשתן ואי לא היתה ברשותו א"כ גם במעמד ג' אמאי נקנית וכוונתם דאף דקנין מעמד ג' הוי הלכתא בלא טעם היינו הקנין עצמו שתיקנו חז"ל לקנות בזה האופן אבל מ"מ מוכח דהוי ברשותו דאי הוי דבר שאינו ברשותו להקנות כלל איך יאמרו חז"ל על דבר שאינו ברשותו

דהוי

דהוי ברשותו א"ו דהוי ברשותו וכן פרש"י בפסחים דף ל"א ד"ה כי כתי' שם ולא הקדים את החוב ומשמע שאם הקדים את החוב מהני וכן כ' רש"י בכתובות דף כ"ה דמלוה לא ניקנית בק"ס משום דמטבע לא ניקנית בחליפין וא"כ באגב ניקנית וכן כ' בתוס' ב"ב קמ"ח וא"כ הא דמעמ"ש הוי הלכתא בלא טעמא הייני הקנין עצמו והא דפרש"י שם בסוגי' אהא דצריך מלוה מ"ט ופרש"י הא ליתא בעינא נ"ל דכיון דליתא בעינה לא סמכה דעתו דליקני וכן כ' במשנ"ל ח"א סי' כ"ם וזה הטעם נמי להכי בישות דמלוה לא קני, ועיין קס"ח קכ"ו שלא הלך בדרך זה:

ויש דמים שהן כמכר אמרינן בגמ' כגון שמכר לו פרה ונתחייב לו בדמיה ואח"כ קנה ממנו באותן הדמים וכתב המחבר וכן בריטב"א שקונה לגמרי ממה שאמרו בגמ' דלא שכיחא ולא גזרו בו רבנן ויש אומרים שצריך לומר בהנאת מחילת מלוה וכן הביא הרמ"א אבל המחבר לא חילק בזה וכ' הה"מ וכן הסמ"ע דכיון שבא מחמת מכר הוי כאילו מכר הראשון בעין והחליפו עתה עם החפץ שקנה — ולענ"ד קשה אמאי לא תירצו פשוט דהסוגי' מיירי כגון שמכר לו פרה ולא זקף עליו הדמים במלוה אלא שחייב לשלם לו מיד במעות שבביתו ובכה"ג וודאי דלא דייינן ליה כמלוה וטעמא דידי דהא אמרי' בקדושין דף מ"ז דשאני במלוה ברשות בעלים לחזרה כ"ז שהיא בעינה ומי שסובר מלוה ברשות בעלים לחזרה מקודשת במלוה זו ומי שסובר דאינה מקודשת וטעמו משום דלא הוי ברשותו לחזרה ואמרה כ"ז היכא שלוה לו ונתן לו רשות להוציאה אבל בכה"ג שמכר לו פרה ומחויב לשלם לו מיד א"כ לא נתן לו רשות להוציאה והוי הכי מעות בעין:

ואמנם נראה דלהנהו ראשונים דסברי הטעם במלוה משום שאינה ברשותו להקדישה ולהקנותה א"כ גם בכה"ג שמכר לו הפרה אף שהפרה ניקנית לו מיד מ"מ הכי מעות שמונחים בביתו לא נקנו להמוכר דהא מטלטלין אינם קונים את המטבע אלא מחייבים וא"כ אין המוכר יכול להקדיש אותן ולא להקנותן ומש"ה לא מהני אף בכה"ג אלא אם אמר בהנאת מחילת מלוה או כמ"ש הה"מ והסמ"ע דעשאוהו כפרה עצמה, והא דמהני כת"ד מלוה ברשות בעלים לחזרה הייני משום שאותן המעות הוי של מלוה קודם לכן ולא נקנו ללוה עד שלקחו מהם להוציאם אבל כאן לא קנה המוכר אותן ולא הוה אלא חוב גביה דלוקח וזה ברור:

ואשר ע"כ נראה לי לפ"ז דבאמת בכה"ג מיירי הסוגי' והש"ע דמכר ולא זקף עליו במלוה ובזה הוא דסובר המחבר דעשאוהו כפרה עצמה אבל אם זקף המעות במלוה אין שום סברא לומר ולחלק בין מלוה זו הבאה מחמת מכר ובין שאר מלוה ולומר דבזו עשאוהו כהמכר עצמו דהא הלוקח לוה לו אותן המעות ומה לי אם לוה לו מעות או לוה לו אותן המעות שנתחייב בעד הפרה ועפ"ז נקל יותר להבין סברת הה"מ והסמ"ע דלכאורה אין להבין כלל אם מצד דין תורה מעות כאילו שנתחייב לו בעד מקח הוי כמלוה ולא הוי כסף לקנות על ידם א"כ איך ומפני מה יעשאוהו חז"ל כמכר עצמו בשלמא על הקנהם שאמרו מעות אינם קונים אמרו שפיר דכאן דהוי מלתא דלא שכיחא אוקמוה אדין תורה אבל לענין מלוה דלא קני מה"ת ככל למה יעשו כן שיאמרו דבכה"ג קנה אפי' מלוה אבל לפמ"ש דמיירי שלא זקף עליו במלוה א"ש מאוד דכיון שאם ירצה המוכר יכול לבטל המקח אם לא ישלם לו מיד ע"י שיעייל ויפוק אזוזי ויהי' כל המקח בטל דקיי"ל אפי' במטלטלין כל דעייל ונפיק אזוזי בטל המקח וא"כ מש"ה כשאמר לו תן לי בדמים הללו שור ושיווי כן מהני וקנה מיד משום שאם ירצה יבטל המקח ותשבינן למלוה זו כפרה עצמה מהאי טעמא משום שאם ירצה יבטל המקח ויהיה הפרה של מוכר אבל אם זקפן עליו במלוה הוי מלוה גמורה ולא מהני סברא זו כלל דאז לא מהני סברת עייל ונפיק כמבואר בש"ע ק"ץ ע"ש ובלא"ה נ"ל דכל שזקפן במלוה לא הוי מילתא דלא שכיחא דזו הוי מילתא דשכיחא מאוד שמוכר אדם סחורה שלו בהקפה ואיך אמרו בש"ס דהוי מילתא דלא שכיחא א"ו הש"ס מיירי בכה"ג ותו ודאי לא שכיחא שישום מטלטלין בדמים ואח"כ ניקח בדמים הללו דלא שכיח אלא או שיחליפו זה בזה או שימכר בדמים וכן פרש"י שם בב"מ דלא שכיח שיהיו שמין דמי המטלטלין במטלטלין ונתכוון לזה דכה"ג לא שכיח אבל ודאי שימכור בהקפה שכיח ושכיח וזהו הנלענ"ד ברור:

והנה לענין קדושי אשה במלוה דאינה מקודשת לא מצינו סברא זו מפורשת דאיך הדין אם מכר לאשה פרה ואמר לה אח"כ התקדשי לי בדמים הללו אי מקודשת או לא ולא אמר בהנאת מחילה דלכאורה אם כסברת הה"מ א"כ גם באשה מקודשת והב"ש ס"ק כ"ה רמז וכו' דהא דקונה בדמי החוב כשמוכר לו חפץ יתבאר בח"מ, אבל לא כתב מה דינם של אותן קדושין דלסברת הסמ"ע לא הוי אלא סברא דרבנן ומי יודע אם מהני לענין קדושין אבל לפמ"ש אני נראה דהוי סברא דאורייתא:

שוב מצאתי בקס"ח סי' קל"ט סעי' ב' שהביא הקו' בשם ש"מ והוא דחה אותה כמ"ש וכן במח"א סי' ד' הביא בשם עצמות יוסף הקושי' ומ"מ משנה דידי לא זזה ממקומה שכל מה שבארתי היא בדרך אמת:

דין ו.

אם אמר בהנאת מחילת מלוה.

הנה אם אמר בהנאת מחילת מלוה מהני לכ"ע ויש לי להסתפק הנאה זו אי הוי ככסף ואינה קונה אלא למי שפרע במטלטלין או כיון דהוי ככלי וקונה ק"ג, דלכאורה לפמ"ש הר"ן בשם הרא"ה בקדושין שאם אמר הילך מנה ותקני נכסיי קונה בהאי הנאה כמו בקדושין וכ' שם דהנאה זו הוי כמו כלי וקונה אף במטלטלין ע"ש ולפ"ז נראה שגם הנאת מחילת מלוה אף שהמלוה גופא לא הוי רק כסף מ"מ הנאה של מחילה חשובה כמו כלי דאין לחלק בין הנאה להנאה אלא דלפ"ז יש להקשות מהא דאמרינן יש דמים ואוקמוה הראשונים בהנאת מחילה וא"כ קשה להר"ן ז"ל נ"ל להש"ס לומר דמש"ה קונה משום דהוי מילתא דלא שכיחא תיפוק ליה אפי' אי שכיחא מ"מ הא הנאה הוי כלי ולא כסף ואין לתרץ ולומר דבאמת זהו כוונת הש"ס דהוי כמו כלי וקונה בחליפין והא דהוצרך לטעמא דלא שכיחא משום דבק"ס עצמו הקשו בתוס' אמאי לא עקרוה חז"ל משום שמא יאמר נשרפו ותי' דבק"ס שלא קיבל המוכר המעות דודאי יליל ובקנין מטבע לא גזרו משום דלא שכיחא, זה אינו דאי כוונת הש"ס כן א"כ קשה מה פריך שכיחא לר"י לר"ל נמי א"ל הא גם ר"ל מודה לקנין חליפין והאי הנאה הא הוי כלי והוי חליפין:

אשר ע"כ נ"ל דהר"ח מפרש סוגית הש"ס שקונה במלוה עצמה ולא בהנאת מחילה ול"ק ממלוה וכמ"ש לעיל. הן אמת דקשה לי עוד על שי' הר"ח ז"ל דהא הקשו הראשונים אמאי לא עקרו קנין חליפין ותי' בתוס' דבק"ס שלא קיבל המוכר המעות לא חיישי' ובמטבע לא שכיחא והנמק"י תי' שאם יאמרו חז"ל דל"ק א"כ יאמר נשרפו אידך שקיבל עתה, והנה התוס' ע"כ מודי לטעמא של הנמק"י דהא חליפין הוה בשוה ודאי שכיחא ושכיחא אלא דהתוס' הוצרכו לתרץ תירוצם במטבע דשם לא שייך תי' הנמק"י דהא מעות אין להם שמירה אלא בקרקע ואין יכול לומר עליהם נשרפו כמובן וא"כ קשה על הר"ח ממנים אי לא שכיח שיאמר הילך מנה ותקנה נכסיי לך א"כ למה הוצרך לומר הנאה הוי כלי אפי' אי הוי מעות קונה דהא לא שכיחא ולא גזרו ואי שכיחא א"כ אפי' הוי כלי לא הועלנו כלום דקשה למה לא עקרו בכה"ג גם זה הקנין דהא כאן לא שייך כל אחד מהתירוצים שנאמרים דמ"ש התוס' לא שייך דהא ליכא מעות שיקבל עוד וגם שכיחא ותי' הנמק"י נמי לא שייך דאי לא יקנה יאמר על אידך שקיבל דעל מה יאמר הא לא קיבל אלא הנאה וזהו קושי' מושכלת. ונראה דהר"ח סובר דבגוונא שלו ממנים לא קשה אם מכר את המטלטלין במעות וזהו שאמר הילך מנה ותקנה לא עשה כן אלא לק"ס א"כ שייך תי' התוס' דעדיין הא יש לו מעות לקבל ויערים עצמו ואי נתן לו שמטלטלין במתנה ונתן לו גם את המנה לקנין לא חשו חז"ל לתקנת של מקבלי מתנה אלא ללוקח במעות שלא יגיע לו הפסד ואי שוא נתן לו המעות בשביל המטלטלין אלא משום שמעות אינם קונות עשה שקנין של הילך מנה לק"ס זהו נמי ל"ק דאם תקשה הכי א"כ גם תי' התוס' שתי' על ק"ס איכו עולה יפה א"ו דזהו לא שכיחא כלל דלמה ישלם לו מעות קודם שהמטלטלין עדיין ביד מוכר ואם עשה כן איהו דאפסיד אנפשיה וגם לא שכיחא כלל ודו"ק:

אחר כותבי בא לידי ספר שמחת יו"ט להרב הגדול מהרי"ט אלגאזי ז"ל והוא ספר נפלא מאוד ומצאתי מדברי אלו שם והניח בקושי' ומ"מ משנה שלי לא זזה ממקומה שבארתי מעט יותר ונכון בס"ד — ועכ"פ יצא לנו לדעת הר"ח שכל הנאה הוי כלי א"כ ישראל שמכר פרתו לנכרי בהנאת מחילת מלוה פטורה מן הבכורה בין לדעת רש"י ובין לדעת ר"ת דזהו הוי קנין חליפין ולקמן יבואר אי"ה אי מהני בנכרי אבל הרמב"ן והרשב"א ז"ל סוברים דהנאה לא הוי אלא כסף ואינה קונה במטלטלין אלא למי שפרע וכן מצאתי בריטב"א קדושין ע"ש היטב — ועיין עוד לקמן כלל ה' דין ג' מ"ש שם אי"ה:

והנה הר"מ פוסק דמלוה קונה בקרקע ובמטלטלין למי שפרע ותמהו עליו הא מכר שוה לקדושין ובקדושין הא פסק דאינה מקודשת ולפענ"ד ליישב דלכאורה יש לראות איך מדמה הגמ' מכר לקדושין הא במכר י"ל דמהני כמו במקדש לאחר ל' יום דלפע"מ שנתאכלו המעות מקודשת משום שנתן לה בתורת קדושין והשיעבוד שיש לו עליה הוי בתורת קדושין א"כ גם במכר הא כיון שלוה לו נשתעבדו כל נכסיו בעד מלוה זו וא"כ יש לו באותן הנכסין קצת קנין לשיעבוד ושאם לא ישלם יהיו שלו וא"כ כשקנה במלוה זו נכסים משועבדים לו הרי זה כמקדש ונתאכלו המעות דשם מקודשת משום דבתורת קדושין נתנו לה וכאן נמי בתורת קנין בא המלוה משא"כ מקדש במלוה שלא נתנה לאשה בתורת קדושין וא"כ איך מדמה לה הגמ' אהדדי וע"כ נראה דהגמ' הולכת שם אליבא דרב והוא הא סובר שיעבודא לאו דאורייתא וא"כ ליכא

שום קנין מה"ת כלל וגם מדרבנן ליכא שום קנין אפי' מקנת על נכסים שהוא סובר אין קנין לשאין אלא שהב"ד יורדין לנכסים בתורת כפיה כמבואר כ"ז שם ולכך דומה לקדושי אשה במלוה אבל הר"מ לשיטתו שיעבודא דאורייתא ודאי שיש לחלק כן ובזה יתורצו כל הני סוגי' שפי' המפרשים דמשם הוציא הר"מ ז"ל כמו סוגי' זו אשר אנו עוסקים בה. יש דמים שהם כמכר וכן סוגי' דב"מ מ"ח גבי הא דר"ח שייחד לו כלי לעשקו דלולי זאת יהיו הסוגיות סותרים זא"ז אבל לפמ"ש א"ש דסוגיא דקידושין הא אליבא דרב אזלי והוא הא סובר שיעבודא לאו דאו' והם סוברים שיעבודא דאו':

ובעיקר מה שכ"ל להעמיד הסוגי' אילו שלא יהיו סותרים זא"ז היא דהנה רש"י פי' בקידושין דף מ"ז ד"ה להוצאה נתנה וז"ל ואין הלוה חייב להעמידה בעיסקא שתהא מלוייה בכל עת שיתבענו עכ"ל. ועיין פ"י ומקנה שנלאו לפרש כוונתו ז"ל בזה ומה רצה בזה, ולענ"ד נראה דהנה בפ' המקבל דף ק"ד ע"ב אמרו נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון ואמר רבא שם דמ"מ אסור למשתי ביה שכרא וכן אם מת לא נעשה מטלטלין אצל בניו משום דאע"פ דהפלגא מלוה מ"מ מש"ה קרי ליה עסקא דלאו מלוה שהיא להוצאה נתנה אלא חייב להעמידה בעסקא ומ"מ הוי מלוה לענין שהוא חייב עליה באונסין והנה ע"כ דמלינו מלוה כזו דהיינו שמי שלוה לו מעות על תנאי זה שיהיה חייב להעמידה בעסקא בכל עת ושיהי' מ"מ חייב באונסין אל התנאי כמו שהותנה והלוה חייב באונסין אף שלא נתנה לו להוציאה לגמרי אלא שחייב להעמידה בעסקא דאל"כ אלא דלא מהני תנאי זה כלל דהוי סתירה בענין א"כ איך עשאו חז"ל האי עסקא פלגא מלוה כה"ג לרבא ומשום דניחא להו לתרוייהו הא אפי' ניחא להו לא מהני א"ו דמהני וא"כ הכי במלוה כזו ודאי דהמקדש בה מקודשת דהא מלוה כזו לאו להוצאה נתנה והוי כבעין ובזה ניחא ליישב סוגי' דב"מ דאמר ר"ח שייחד לו כלי להלוואתו וקשה הא הוי לה מלוה ולא קנה הכלי וניחא דמיירי במלוה כה"ג שמחויב להעמידה בעסקא בכל עת שיתבענו אלא שאם לא ייחד לו כלי להלואה זו לא מהני מ"מ לענין כיחם בה דהא מ"מ אינם בעין ממש דהא נתנה לו להוציאה על עסקא ולא כפר ממון בעין אבל הכלי נקנית שפיר דלענין זה מהני הך מלוה דהוי כבעין ולכך פרש"י כאן דהא דמקדש במלוה לא מיירי באותה מלוה שאמר רבא בהמקבל אלא במלוה שאין הלוה חייב להעמידה בעסקא ושנעשית מטלטלין אצל בניו וזהו להוצאה לגמרי נתנה ולכך אינה מקודשת ומתורצים הסוגי' וזהו אמת נכון בעזה"י:

שוב נתיישבתי דדין זה תליא בהני תרי טעמי שהבאתי לעיל דלהנך ראשונים הסוברים טעמא דמלוה לא קני משום שאינה ברשותו להקנותה א"כ אין חילוק ואפי' במלוה שחייב להעמידה בעיסקא ושיכול לתבעה בכל עת שירצה מ"מ לא מהני לקנין ולא לקידושין דהא סוף סוף מעת שלוה אותן המעות הוי של לוה וחייב עליהם באונסין ואף דמחויב להעמידה בעיסקא כדי שיהי' המלוה בטוח וסומך דעתו עליה מ"מ אינה שלו, אבל לשיטת רש"י ותוס' הנ"ל וסי' בעל המאור והמרדכי דמלוה הוי ברשותו להקדישה והא דלא מהני להקנותה או לקידושין ה"ט משום שאינה בעין ואין המוכר או האשה סומך דעתו עליה ולפ"ז דוקא במלוה שנתנה להוצאה לגמרי ואין הלוה מחויב להעמידה בעיסקא אבל כל שהיא באופן שחייב להעמידה בעיסקא שתהי' מלוים בכל עת שיתבענה הרי זה סומך דעתו עליה ומהני. וזהו שרצה רש"י ז"ל שהוא לשיטתו הולך שסובר דכל מלוה הוי ברשותו ומש"ה פי' דוקא במלוה שאינו חייב להעמידה בעיסקא אבל בגוונא דפלגא מלוה שעשאו חז"ל בנתן מעות על עסקא שאמר רבא דאסור לשתות בה שכרא ושחייב להעמידה בעסקא מקודשת וגם קני בה דאיכא סמיכת דעת וזה ברור לדינא להני שיטות:

כלל ב.

דין א.

משיכה קונה אי מדאורייתא או מדרבנן.

הנה כמו דפליגי ר"י ור"ל אי מעות קונות מה"ת או לא כן פליגי נמי בהא דלר"ל משיכה מה"ת קונה ולר"י אינה קונה אלא מדרבנן אבל מה"ת לא, כן אמרי' בבכורות דלר"י משיכה לא — והנה כבר הבאתי לעיל הפלוגתא שבין רש"י והרמב"ן עם התוס' ז"ל דלרש"י והרמב"ן ליכא משיכה מה"ת כלל ואפי' במציאה ל"ק אלא בהגבה או אגב ולהתוס' איכא משיכה במציאה ומתנה דליכא כסף — ונראה דהתוס' ס"ל דכל היכא דליכא משיכה גם חצר ליכא דגם חצר הוי משום ידו וכל דידו ל"ק דהיינו משיכה כן חצר נמי ל"ק ואגב לא הוי קנין תורה וא"כ במה יקנה מציאה ומתנה א"ו במשיכה והא דלא קני משיכה היכא דאיכא מעות כבר ישבתי לעיל דסברי דמקרא מוכח דוקא מעות ולא שני בלא מעות במכירה או מהכתוב לעמיתך ולא נכרי וסברי התוס' שצריך שיהיה דומה מה עמיתך בחדא כן נכרי בחדא וא"כ אי אמרת ישראל בתרתי א"כ אם תדרוש לעמיתך למעט נכרי או בזה או בזה א"כ הם שוים ול"ל לעמיתך וע"כ נכרי בחדא והי מינייהו מפקית אלא ודאי ישראל רק בכסף והנכרי במשיכה ומוכח דישראל ל"ק במשיכה ודו"ק כן זה ברור: ולפ"ז כל היכא דאיכא כסף אפי' חצר אין קונה מה"ת וכן כ' הקה"ח סי' שס"א סק"א לדעת ר"י גם חצר במכירה אינו מה"ת — ובאמת כי כן הקשו הרי"ט אלגאזי והקה"ח על שי' רש"י והרמב"ן ז"ל דכשאין משיכה קונה א"כ איך יקנה חצרו ועיין תשו' ח"ס ז"ל מ"ש — ולענ"ד כבודם של הנך גאונים ז"ל במקומם מונח אבל אין אני רואה כאן שום קושי' שאין הידים שוות כלל דיד שנאמר גבי חצר הפי' רשותו דאחר שרבתה התורה מהמצא תמצא חצר אזי גילה לנו קרא דפי' של ידו היינו רשותו וכמ"ש הפ"י ב"מ והיד של משיכה דריש ר"ל מיד עמיתך היינו שהוא תופס ועושה מעשה משיכה בידו שמשכו מרשותו של מוכר ור"י לא דריש כן והיינו שלא קנה במעשה המשיכה לבדה אבל רשותו ודאי קונה — וראי' לדבר שאין להם דמיון כלל דבמעשה המשיכה צריך כוונה לקנות כמו בכל קנין והרשות קונה בלא כוונה כאשר יתבאר לקמן אי"ה וא"כ מוכח שאין יד דמשיכה דומה כלל לידו של חצר שהוא רשותו — ואל תטעה במה שאמרו הראשונים ז"ל בקידושין כ"ה דעש"ה קונה משיכה בסימטא משום דמתחלה הי' מקום החפץ של מוכר וא"כ כשמושך הלוקח נעשה רשותו והוי כחצירו דאין כוונתם בזה שקונה מכח חצר דהא אין לסימטא דין חצר אלא כוונתם דכל משיכה צריך שימשכנה למקום שיש לו רשות להניחה שם ולכך מהני משיכה דוקא בסימטא שיש שם רשות לכל אדם להניח שם כליו ומתחלה היתה רשותו של מוכר להשתמש וא"כ נעשה רשותו של לוקח להניח שם אבל אין זה חצר, ועוד דמשיכה מהני בכליו של מוכר וחצר לא וא"כ לק"מ אם ר"י לא דריש משיכה ודרש חצר שנאמר בקרא מפורש והדברים ברורים כשמש:

עוד נראה יותר דהתוס' סברי חצר משום יד איתרבאי, וא"כ במכירה שאין יד קונה במשיכה אין חצר ומש"ה ע"כ במציאה גם משיכה קונה דאל"ה גם חצר ליכא, אבל רש"י והרמב"ן סוברים כהרי"ף והר"מ חצר משום שליחות וזכיה אתרבאי וא"כ אף אי אין ידו קונה מ"מ קונה חצר שהוא שליח וכן מחלק המח"א סי' ה' במכירה דאף דידו בעי כוונה חצירו לא בעי וכ' שם דהתוס' ב"ב כ"ד מדמי להו משום דסברי חצר משום יד ע"ש, ואין להקשות דכל מידי דאיהו לא מצי עביד כו' לק"מ מחצר דאין צריך מינוי שליחות דהתורה עשאו שליח לאדון.

הנה לפי מה שנתבאר לר"י משיכה רק מדרבנן קונה ומ"מ נראה ברור דליכא למ"ד דלא מהני משיכה לד"ת דכיון שמשכו וקנה הוי שלא מה"ת ואין זה ענין לשאר קנין דרבנן כגון מעמ"ש ועיין נוב"י מהדו"ת סי' כ"ד אה"ע ותיתי לי שקיימתי סברא זו מכמה שאמרו וכן מלאתים להגאון ז"ל דבמקום שקנה קודם ודאי שלו הוי מה"ת ויש בו גזל גמור מה"ת משא"כ מעמ"ש שעשה קנין דרבנן בעת שמקדש וכל כיוצא בזה, ועיין מח"א סי' ב' ובהגה"ה, אך הר"מ ז"ל הוא פוסק כר"י ופוסק ג"כ דבנכרי קונה בין משיכה בין מעות כאשר כבר הבאתי והנה הוא סובר לפי דעת הראשונים ז"ל דהנכרי או בזה או בזה וכבר אמרתי לעיל בסברתי, אבל עוד הקשה הלח"מ קו' חמורה על הר"מ ז"ל ויה"א דהא הוא פוסק גזל עכו"ם איסור מה"ת וא"כ הא צריך לעמיתך למיסרי אונאה וא"כ ע"כ ישראל ועכו"ם שוים הם בקנינים ולע"ג, ובשעה"מ הקשה כן על רב ג"כ שסובר לפי דעת התוס' או בזה או בזה וקשה הא רב סובר ג"כ גזל נכרי אסור מה"ת וא"כ ליכא לעמיתך, ונלענ"ד לתרץ הכל בדרך אמת, דהנה כבר הקשינו לעיל דמאחר דבמציאה ומתנה קונה משיכה מה"ת מאי לא נילף לר"י ג"כ משיכה קונה מה"ת גם במכר וכן הקשה הפ"י וכתבנו לעיל דמוכח מקרא דלעמיתך דכיון שהתורה כתב קרא דנכרי וישראל אינם שוים בקנין א"כ ע"כ לא אתי קרא למעט נכרי מכסף זהו א"א לומר שאין שישראל יכול לקנות ממונו בכסף דהוי כנגד הק"ו דגופו קונה בכסף ממונו לא כש"כ וכיון דהישראל קונה בכסף א"כ מאי אתי לעמיתך למעט אלא ע"כ או בזה או בזה כמ"ש לעיל — ואי תיקשי משיכה מוכח דהישראל רק בכסף דלמא שישראל נמי במשיכה ע"ז תאמר דאי ישראל נמי בתרתי א"כ לעמיתך מאי ממעט וא"כ כל הא דהישראל אינו קונה במשיכה לא מוכח אלא מדכתב קרא לעמיתך — ומעתה נאמר דהא תינח למ"ד גזל נכרי מותר ומיותר לעמיתך ושפיר מוכח דישראל לא קני אלא בכסף ומשיכה לא משא"כ למ"ד גזל עכו"ם אסור וליכא קרא לעמיתך למעט נכרי מקנין ישראל שצריך להתיר אונאה וא"כ לפ"ז גם ישראל קונה גם במשיכה דילפינן ממציאה ומתנה משיכה קונה וכסף מקרא דמכסף מקנתו:

ולפ"ז אתי שפיר כל מה שפוסק הר"מ ז"ל דהא שפוסק ישראל קונה בכסף משום שפוסק כר"י דמעות ג"כ מה"ת אבל מ"מ גם משיכה קונה מה"ת בישראל וגם בנכרי מש"ה פוסק דקונה בתרתי בכסף ומשיכה משום דליכא קרא לעמיתך, אלא דבישראל עקרו חז"ל קנין כסף ותו לא קני אלא במשיכה לחודא ובנכרי נשאר הד"ת במקומו וזהו פסק של הר"מ ז"ל וכן רב דסובר בנכרי בתרתי הוא ג"כ סובר בישראל נמי בתרתי וליכא לעמיתך ומה"ת ישראל ונכרי שוים דקונה בין בכסף בין במשיכה אלא

אלא רבנן עקרו כסף מישראל ולנכרי נשאר הד"ת והא דאמר הגמ' בבכורות דלנכרי ישראל רק בכסף ולא במשיכה ה"ט דהתם אזלא הסוגיא למ"ד גזל נכרי מותר ומיותר לעמיתך ומוכח מלעמיתך דישראל רק בחלה ובכסף לנכרי אבל נראה לדידן דגזל נכרי אסור איכו מוכח וילפינן מאליהם ומתנה וקונה בישראל ג"כ תרתי כן נראה לי אמת נכון :

אחר כתבי מלאתי בש"מ בשם הריטב"א דיש מי שאומר דגם לנכרי קונה משיכה מה"ת ולא גילה לנו שום טעם בדבר וגם לא תירץ כלום שזהו נגד הסוגי' דבכורות דשם נאמר לנכרי משיכה לא ולפמ"ש כיון לזה הסוגי' דבכורות למ"ד גזל נכרי מותר ושם קרא לעמיתך מיותר ומוכח משיכה בישראל לא אבל למ"ד גזל נכרי אסור גם משיכה קונה מה"ת גם לנכרי דלא מיותר לעמיתך, ואולי מקום הניחו לי מה"ש בזה .

דין ב.

משיכה ומסירה איזה עדיפא.

הנה משיכה היא קנין מסוג ותולדה דמשיכה ולר"ל היא מה"ת ולר"י מדרבנן ודעת רש"י ור"ת ז"ל דמשיכה היא קנין עדיף ממסירה והסברא משום דמשיכה צריך שתהי' מיד ליד וברשותו משא"כ מסירה שא"צ לא מיד ליד ולא ברשותו — הנה הך ברשותו לכאורה אין לו פי' דהא כיון שצריך להיות מיד ליד א"כ ברשותו הוא, ונראה דלענין גריעותא דמסירה אמרו כן דלא מבעיא שא"צ מיד ליד אלא אפי' ברשותו נ"צ — והנה בפרש"י לא נאמר כן בפי' דמשיכה עדיפא ממסירה ותמה הפ"י דמנ"ל לתוס' ז"ל דרש"י סובר כן הא הוא לא פי' אלא משום שאין דרכה בכך :

ונלע"ד שעדותם של בעלי התוס' ז"ל נאמנה דהך סברא שכ' רש"י דאין דרכה לא היתה מהני לדחות את המשיכה אי לאו משום דמסירה עדיפא דאי משיכה עדיפא הי' מהני כמו דמהני הגבהה בכל המטלטלין אפי' בדבר שאין דרכן להגביה והיינו משום דהגבהה הוא קנין עדיף מהכל וא"כ חזינן דהיכא דהקנין עדיף מהני אפי' אין דרכו וא"כ אי משיכה עדיפא ממסירה הי' מהני ג"כ במקום מסירה א"ו דמשיכה גרוע ממסירה והא שהולך רש"י ז"ל לפ"ז לטעמא שאין דרכו ה"ט משום דאף דמסירה עדיפא מ"מ לא הי' מדחה את המשיכה משום דלאו מלוות נינהו משיכה ומסירה לבחור את העדיף והמובחר אלא משום דמסירה עדיפא לא מהני משיכה משום שאין דרכה וא"כ תרתי בעינן והיינו דחז"ל תיקנו הקנינים כ"א לפי דרכו אלא במובחר מחבירו מהני אפי' אין דרכו והיינו הגבהה קונה בכ"מ שהוא המובחר ואחריו מסירה במקום שאין דרכה במשיכה ואחריו משיכה במקום שדרכה זהו סברת רש"י ור"ת וכן יתבאר עוד לקמן דע"כ פי' רש"י הוא פי' ר"ת, והקשו בתוס' על רש"י מהא דאמרי' בב"מ מנהיג לחודא מי איכא מ"ד דל"ק והא שם בבהמה גסה ומנהיג משיכה הוא ותי' התוס' בב"ב דשם מיירי בסמטא דליכא מסירה ומש"ה קני שם משיכה ועיין מהרש"א בקידושין שכן כ' ובש"י דחה את המהרש"א ולא הביא שכן תי' התוס' ב"ב דף ע"ו ומזה מוכח ג"כ דרש"י ז"ל סובר מסירה עדיפא ומש"ה לא מהני משיכה שאין דרכה דאי טעמו של רש"י רק משום שאין דרכה א"כ גם בסמטא לא תקנה מש"ע גופה שאין דרכה א"ו דרק במקום דאיכא מסירה הוי גריעותא הא שאין דרכה והיינו משום דמסירה עדיפא אבל בסמטא דליכא מסירה מהני משיכה אף שאין דרכה ומוכח דמסירה עדיפא. — והנה לשיטת ר"ת ורש"י הא דאמר רב נקנית במשיכה אף במסירה אמר ולדידא קיי"ל כרב א"כ בהמה נקנית בין במשיכה בין במסירה — אבל שיטת ר"י והרשב"ם וכן דעת הר"מ ורוב ראשונים דבהמה גסה לא נקנית אלא במשיכה ולא במסירה ומשיכה עדיפא :

והקשה הלח"מ על הר"מ דהא בפי"ז מגזי' ואבידה כ' הר"מ דמציאה ל"ק במסיר' וכ' שם הה"מ דמשום דליכא דעת אחרת מקנה ומשמע דבמו"מ קנה במסירה אף בגסה וזהו קושי' חמורה — ותי' הלח"מ דיש לחלק בין תפס במוסירה שזו דרכה בכך ומהני אף בגסה לתפס בשערה דאין דרכה ולא מהני בגסה — ונלע"ד דחילוק זה מוכרח בש"ס בסוגי' דרכיב ומנהיג דקשה מאוד למעיין שם דנראה שם בפי' דמוסירה קונה במו"מ אפי' לרב דאמר שם רב ושמואל דאמרי תרווייהו מסירה ל"ק וקשה הא שמואל אמר בקדושין מוסירה קונה דהא הוא סבירא לרב והאכן במסירה תנן וא"כ ע"כ הא דאמר שם מסירה ל"ק במציאה אמר וא"כ איך שהוא שם דעתו של רב לדשמואל שא רב סובר מסירה ל"ק בין במו"מ בין במציאה ושמואל לא אמר אלא במציאה ואיכא שיטה אחת — ועוד דרבא אמר שם אידי אסברא לי דמסירה ל"ק במציאה ובנכסי הגר וא"כ גם רבא אומר בפי' דבמו"מ קונה מסירה והוי דלא כהלכתא לפי' רוב ראשונים הנ"ל ותי' משם ראיה פי' רש"י ור"ת אלא ע"כ דהך סוגי' דהתם מיירי ממסירה דתפס במוסירה ובהא כ"ע מודי דמהני במו"מ אף בגסה שכן דרכה ובמציאה אף זו ל"ק דליכא דעת מוכר והא דקיי"ל כאן מסירה ל"ק בגסה היינו תפס בשערה דלא הוי דרכה בכך כנ"ל — ולכן להלכתא קיי"ל כהרמ"א דמסירה מהני בכל בהמות בין גסה בין דקה :

דין ג.

משיכה ומסירה בר"ה או בסימטא או ברשות מוכר אי מהני.

עוד איתא לנו ר"ת דמסירה קונה גם בסימטא דהא עדיפא ממשיכה וכיון דמשיכה בסימטא כש"כ מסירה — ונראה דכן מוכח גם פי' רש"י ז"ל דהא פי' במתני' רק במסירה ולא במשיכה וא"כ קשה עליו קושי' ר"ת דמאי פריך בגמ' על רב הא י"ל מתני' מיירי בר"ה ולכך מהני מסירה ורב בסימטא — והר"י תי' קושי' זו שם ב"ב דכיון דמשיכה עדיפא ל"ל לרב לומר משיכה קונה כלל לא הל"ל אלא ניקנית במסירה בר"ה ואגב ידעינן דכש"כ במשיכה א"ו אתא למעט מסירה אף בר"ה עכ"ל ותי' זה לא שייך אלא לסברי' דמשיכה עדיפא אבל לרש"י ז"ל דכבר הוכחנו לעיל דע"כ מסירה עדיפא ס"ל א"כ תקשה קו' הר"ת א"ו דסובר רש"י ז"ל ג"כ מסירה מהני אפי' בסימטא ומש"ה שפיר פריך — והר"י והרשב"ם סוברים מסירה אינה קונה בסימטא והטעם או משום דשם שייכא משיכה ולא תיקנו מסירה או כמו שאמר הר"ח כשן דמסתמא הביא שם המוכר בהמתו וקנה מקומה והוי כרשות מוכר ומש"ה לא מהני מסירה כמו דלא מהני ברשות מוכר ומשיכה מהני משום דכשמשכה הוא עושה קנין במעשה המשיכה וא"כ הוי המקום של לוקח :

ובסברת רש"י ור"ת נראה דאף שקנה הבהמה מקומה בסימטא זו מ"מ כשאמר לו המוכר לך חזק וקני הרי נתן לו ללוקח גם אותו המקום ורשותו ולקנות ולזה מהני דיבור בעלמא דהא אין מקום הסימטא קנוי לו לגמרי שיהיה צריך לקנין וגם לא צריך שיהיה של הקונה לגמרי אלא שיהיה לו רשות להשתמש שם וכיון שנותן לו רשות שגי בדיבור בעלמא וכמו שיש לו רשות לזרוק חפץ המוכר משם ולתת את שלו ע"י אמירה בעלמא כן יכול לקנות כמ"ש:

ראיתי בשו"ת ח"ס יו"ד סי' ש"ם שכ' לאמ"ו הגאון מוה"ר זלמן אולנמאן ז"ל וחידש שם דמהני מסירה ברשות מוכר כשאמר לו המוכר קני, ואמ"ו הגאון ז"ל נסתפק בזה דלא מהני בביתו של מוכר ולהגאון ח"ס ז"ל הדבר פשוט דמהני כמו דמהני בכלי של לוקח ב"מ כשאמר לו קני ועי"ש — וכבודו ז"ל במקומו מוכח אבל לענ"ד פשיטא לי נאידך גיסא דלא מליכו קנין בביתו של מוכר וברשותו אלא הגבהה ופירשו בטעמה משום דכשמגביה הוא מביא החפץ לרשותו והנה משם ראיה דהא אף בהגבהה המעשה של ההגבהה היא הקנין ולא מה שהביאו לרשותו דאף שידו קונה ג"כ מטעם רשותו היינו בדבר קטן כספר וגט שדרכו ליטלו ולתפסו בידו כמו שיתבאר לקמן במקומו אבל בדבר גדול שאין דרכו כן ודאי דלא משום רשותו מהני ידו אלא מעשה הגבהה הוי הקנין ולר"י לא הוי אלא מדרבנן וגם לריכא כוונה וכן מהני בכלי של מוכר משא"כ הגבהת ספר וגט לא בעי כוונה ולא מהני בכלי של מוכר כמו שיתבאר אי"ה וא"כ למה נהו להפוסקים לפרש דמש"ה מהני ברשות מוכר משום שמביאו לרשותו הא אפי' אינו מביאו לרשותו שא אמר לו הגבה וקני ואו אין רשות מוכר מעכב א"ו דלא מהני כן וא"כ מסירה כתי' דאינו מביא החפץ לרשותו לא מהני ברשות מוכר — ואמינא לה מטעמא בין לר"י ובין לר"ל דמשיכה מה"ת מקרא דמיד עמיתך א"כ משיכה עיקרית שהיא מיד עמיתך דהיינו שמושך אותה מרשות של מוכר, והתולדה שלה היא מסירה וא"כ עכ"פ צריכא שתהי' שלא ברשות מוכר דאם היא ברשותו של מוכר הרי לא קרינן בה מיד עמיתך כלום, ובדיבור שאומר לו קני לא נקנה השלך של מוכר ללוקח והא דמהני בכלי של לוקח ב"מ ה"ט שהלוקח יש לו חצר בכלי שלו שקונה לו מה"ת. אלא שרשותו של מוכר מעכבו וע"י שאמר לו קני בכליך הוא מבטל רשותו לכלי שלו ושפיר קונה כאשר יתבאר אי"ה במקומו אבל במסירה דלא מהני ברשותו של מוכר כלום משום דעיקר קנין נשיכה דאו' הוא בהא שימשכנה מרשותו של מוכר וא"כ מאי מהני מעשה שלו ברשות מוכר — ולר"י ודאי ג"כ לא מהני כלל דהא כן פי' הר"ן והריטב"א ז"ל דמש"ה תיקנו מסירה בר"ה משום דשם לא שייכא גזירה דשמא יאמר לו נשרפו — ונראה מדבריהם ז"ל דחז"ל תיקנו משיכה כדי שימשכנה מרשותו של מוכר לגמרי ולא יכול לומר לו נשרפו וכן הגבהה מש"ה מהני אף ברשותו של מוכר משום דכשמגביה החפץ היה לו להוליכו משם שהיא בידו וכשחזר והניחו שם ברשות מוכר לא איכפת לחז"ל יותר דהוי כחזר והפקידו ואיהו הוא דאפקיד אנפשיה אבל מסירה לא תיקנו חז"ל אלא בר"ה דשם לא שייכא הגזירה אבל בביתו והוא לא זז את החפץ ממקומו אם יקנה כן יאמר לו נשרפו ולא הועילו חז"ל בתקנתן כלל — ואפי' לאותן הסוברים דמהני מסירה בסימטא היינו דוקא בסימטא שאינה רשות מוכר ויש לו רשות להכיח וגם שם לא שייך גזירה שמא יאמר — אבל ברשות מוכר לא מהני ועוד דלפי דעת הגאון ח"ס ז"ל לא משכחת דלא מהני מסירה ברשות מוכר דהא בכל קנין מסירה לא קני עד שיאמר לו לך חזק וקני וא"כ הא אמר לו קני ונתן לו רשותו וא"כ הא מהני תמיד ב"מ ולמה אמרו שתקנוס בר"ה או בסימטא, וגם דבכלי ס"ל ב"מ הוא אומר לו קני בכליך אבל קני לחודא לא מהני וה"ט דאומר לו שהוא מבטל

רשותו לכלי שלו ויש לו חצר טוב דלא הוי צריך רק רשות להניח אבל כאן כמו דלא מהני משיכה ברשות מוכר אף שיאמר לו קני במשיכה כאן לא מהני כלום אף דבמעשה המשיכה הוא קונה מ"מ לא מהני ואף דמהני בסימטא מכש"כ דלא מהני מסירה דלא מהני בסימטא לדעת כמה ראשונים דלא תיקנוה חז"ל ב"מ וזהו לענ"ד ברור לדינא:

דין ד.

מסירה מיד ליד ובפניו.

שי' הר"י והרשב"ם דלא בעינן מיד ליד ולא בפניו ומש"ה עדיפא משיכה והר"ת סובר דבעינן דוקא מיד ליד — ונסתפקתי לדעת הר"י דסגי במלות הנותן אם צריך דוקא שיאמר לו לך חזק וקני דהיינו שילוהו על המסירה או סגי כשיאמר לו לך וקני לחודא ואם אחז בה אח"כ קנה אותה דלכאורה נראה דאף שא"ל מיד ליד מ"מ צריך שיאמר המוכר חזק וקני שהוא מרוצה במסירה אבל קני לחודא אפשר דלמשיכה נתכוון ולא למסירה — וכן נראה מלשון הגמ' בהספינה דאמר ר"א כל היכא דאמר לו לך חזק וקני כ"ע מודי וא"כ נראה שצריך לומר כן בפי' חזק אלא דמהא דאר"א א"כ כי פליגי דאמר לו לך משוך דרבנן סברי קפידא משמע דוקא משום שאמר לו בפי' משוך והקפיד אבל אם לא אמר לא משוך ולא חזק אלא סתם קני קנה אף לרבנן. אלא דלפ"ז יהי' הדיוקים סותרים זא"ז דמרישא דמילתא דר"א משמע שצ"ל חזק ומסיפא שלו נראה שא"צ אלא סתם ומהני ולכאו' צ"ע — ולכן נראה דיש חילוק בין בפניו לשלא בפניו ובזה יבואר על נכון דבפניו היכא דא"ל קני והלך הלוקח ואחז בה לבד והנותן שתק מהני שתיקתו כהודאה דרק אם אמר לך משוך אז הוי קפידא ואז אפי' שתק כשאחז בה לא קני דכיון שקפד כשאמר לו למה יכווח יותר ול"ק אלא במשיכה וכ"ז בפניו אבל שלא בפניו ל"ק במסירה אלא כשאמר לו חזק דאז ציוה לו על המסירה אבל סתם קני לא מהני אלא משיכה דהא דמהני בפניו היינו משום דשתיק ואודי לו — ובזה ניחא הדיוקים דברישא אר"א דכל שאמר לו חזק וקני כ"ע מודי דהיינו בכה"ג מהני בין בפניו ובין שלא בפניו ואח"כ אמר הגמ"ע שאמר לו משוך דבכה"ג הוי קפידא ואפי' בפניו לא מהני ואפי' שתק — ויצא לדינא דכל בפניו אין צריך דוקא חזק וקני אלא קני לחודא מהני אם שתק ויכול לקנות במשיכה ושלא בפניו צריך דוקא חזק וקני וקני לחודא לא מהני במסירה שצריכה דוקא מלות הנותן ואם אמר לו משוך אז אפי' בפניו ואפי' שתק לא מהני:

דין ה.

הגבהה קונה ברשות מוכר.

כבר נתבאר שהגבהה תולדה דמשיכה והיא קנין עדיף משניהם ולכך היא קונה בכ"מ ואפי' בדברים שאין דרכן בכך, וכי הסמ"ע דכשמגביה הוא מביא אותו לרשותו ומש"ה מהני אפי' ברשות מוכר, וכבר כתבנו לעיל דע"כ לא נתכוון לומר דכשמגביה בידו הוא קונה מטעם רשותו דזה א"א לומר כן דא"כ איך קונה בכליו של מוכר כמבואר ב"ב הא כליו של מוכר ל"ק ברשות לוקח שלא ודאי לאו משום חצירו ורשותו קונה, ועוד דחצר הוי קנין תורה והגבהה לר"י איכא אלא מדרבנן במו"מ אלא וודאי לאו משום רשותו קונה דהא דידו הוי ג"כ רשותו היינו בדבר קטן שכן דרכו ליטול ולתפסו בידו כספר וגט, אבל חפץ גדול שאין דרכו בכך לא קנה ידו מטעם רשותו אלא במעשה הגבהה כמו שנתבאר לעיל ולא בא הסמ"ע אלא לתרץ, דמה מהני קנין ברשות מוכר הא כל עיקר הקנין הוי שמוציאו מרשות מוכר וכמ"ש לעיל במשיכה ע"ש בין לר"י ובין לר"ל ועי"ז תירץ הסמ"ע דכשמגביה מביאו לרשותו היינו שהיא בידו ושם יש לו רשות להניח אצליו ונפסק רשות מוכר לקנות בידו של זה שאם הי' חפץ מונח בידו של זה ואפי' של הפקר והוא עומד ברשותו של מוכר זה לא קנה בעל הרשות את החפץ שביד זה התופסו כמבואר בפי' ר"ם ע"ש ויבוא אי"ה לקמן וא"כ כבר יצא מרשות מוכר ע"י ההגבהה של לוקח ומש"ה קונה משא"כ משיכה או מסירה לא מהני כלל ברשות מוכר דכיון שהחפץ עומד ע"ג קרקע שלו הוי קונה אותה המוכר אם הי' הפקר וכל שקונה לו רשותו לא מיקרי יצא מרשותו כן נראה לי ברור ופשוט ועיין לעיל דין ג' שכתבתי דאפי' אמר המוכר קני לא מהני במשיכה ולא במסירה דבדיבור לא קני זה את חצירו ועדיין שלו הוא. וכן משיכה בסימטא מש"ה מהני ללוקח משום דכשעשה מעשה המשיכה וקנה החפץ קונה אח"כ החפץ את מקומו להשמיש של לוקח:

דין ו.

הגבהה מכוחו ומשיכה ע"י שקראה.

הרב רבינו משולם כתב בקדושין גבי פיל שהוגבה ע"י חבילי זמורות שאחזה תופס בידו והפיל קופץ דהוי הגבהה מכוחו וקנה ע"ש וזה הוי כמו משיכה שא"צ למשוך בידו אלא קראה והיא באה אליו וקנה וכן כתב הריטב"א והביא ראי' מש"ס שלוח הקן דעדיף אקן כי היכי דלפרחינהו:

והקשה הרשב"א בקדושין קושי' עצומה על שיטתו זו הא כל אויר שסופו לנוח כמונח דמי וא"כ לא יצא מרשות מוכר והניח בצ"ע ועיין קצה"ח רע"ג שדחה קושי' זו דמ"מ במעשה ההגבהה קונה ואפי' ברשות מוכר:

ולענ"ד עדיין אינו עולה יפה דמ"מ אם אינו יוצא מרשות מוכר לא מהני ההגבהה וכמ"ש הסמ"ע שהבאתי לעיל.— והנה רש"י ז"ל כ' בגיטין דף ע"ח ד"ה דגבוה עשרה ולא חשיב האי אוירא רשות מוכר לבטל את רשות הכלי עכ"ל. ונראה כוונתו דאף שגם האויר הוא רשותו כמו חצר עצמו מ"מ לא חשיב כ"כ כדי לבטל כלי של לוקח לגביה. ולפ"ז י"ל כן על קושי' הרשב"א דהאויר לא חשיב כ"כ כדי לבטל מעשה הקנין של ההגבהה. שוב מצאתי בש"מ ב"ב ע"ו בשם הרשב"א שהקשה איך מהני הגבהה ברשות מוכר הא לא יצא מרשות מוכר דאויר חצירו הוא ותי' דכיון דיש דעת אחרת מקנה לא חשיב אויר חצירו כ"כ שלא יקנה כל שעוקר מגוף החצר ממש אף שעודנו באויר חצרו ושאני משיכה שהיא בגוף החצר. והנה כוונת הרשב"א כרש"י ז"ל דאינו חשוב אויר חצר לבטל הקנין וא"כ לפ"ז גם על הרבינו משולם י"ל כן ול"ק — ולפמ"ש הסמ"ע הבאנו לעיל ופירשנו לעיל כוונתו יש ג"כ ליישב קושית הרשב"א דהא שצריך הלוקח להוציא מרשות מוכר היינו עד שיהי' באופן שאם יהי' החפץ זה הפקר לא יקנהו המוכר ע"י חצירו ובהכי סגי דעד שיכול המוכר לקנות באותו מעמד ומצב שהחפץ בו אין הלוקח קונה דלא יצא מרשות מוכר מיקרי, אבל אם כבר יצא מגדר קניית למוכר אז קנה הלוקח — ומעתה הנה הא הרשב"א לא הקשה אלא מאויר שסופו לנוח אבל אי הוי אויר שאין סופו לנוח לא הוי קשה לי' אע"ג שגם באין סופו לנוח הוי לה אבעי' דלא איפשטא בב"מ וא"כ הוי ספק קני ולא קני מ"מ לא קשי' משום דהא דמבעי באין סופו לנוח היינו בדלא מפסקי מחיצה אבל כשמפסיק מחיצה האויר אמרי' בב"מ ק"ב דלא הוי כמונח וא"כ גם כאן כשמוגבה מכוחו חשבינן לה להגבהה זו כמו דמפסיק דהא כוחו של המגביה למעלה הוא מפסיק בין החפץ לארץ והבן זה:

ולפ"ז אני אומר דלא זה האויר סופו לנוח עתה בעת שמוגבה ועולה למעלה דהא אדרבא מוגבה למעלה מכח של האדם אלא אחר שיופסק אותו כח ויתהפך החפץ אז יפול לארץ וינוח אבל הקנין נעשה בעת ההגבהה ובעת ההיא הוי כמו שהקונה עומד תחת הפיל ומגביה את הפיל בשתי ידיו דהא מכחו מוגבה ואז אין סופו לנוח ומיד קנה ומאי איכפת לן בהא דכשנתהפך סופו ליפול דמאי שאינו קונה באויר הוא רק בזורק מלמעלה למטה דבתחילת נפילה סופו ליפול לארץ אבל ממטה למעלה לא וכיון שבאותו מעמד לא הי' המוכר קונה א"כ גם מרשותו יצא כדאמרינן לעיל דכל שהוא אינו קונה הלוקח שפיר ולק"מ:

שוב מצאתי הדבר מפורש ברשב"א גיטין דף ע"ט ד"ה לא שנו שכ' וז"ל ואין להוכיח מכאן בעיי' דרבא דאויר שאין סופו לנוח לא כמונח דמי דשאני הכא עלייה דמכבד עפי שהוא מתרחק מן ההנחה שהולך כלפי מעלה אבל התם לא מיירי בדרך עלייה ע"כ — והנך רואה דהרשב"א ז"ל עצמו מחלק בין דרך עלייה ואם כן אתי שפיר כל מה שכתבנו ודו"ק:

דין ז.

הגבהה ג' טפחים.

הנה רש"י סובר כל הגבהה ג"ט בעינן ור"ת סובר דסגי בטפח אחד וכי הסמ"ע דמש"ה בטפח דבידו הוי כאלו הוא ברשותו, ועיין בנתיבות שכ' שדברי הסמ"ע צ"ע דודאי במגביה בידו לא פליגי דסגי בטפח דהא קנה משום רשותו ול"פ אלא במגביה מכחו, ולענ"ד דברי הנתיבות ז"ל ודאי צע"ג דכבר כתבנו לעיל והוכחנו בראיות ברורות שאין קנין הגבהה משום קנין רשותו דא"כ ה"ל חצר ועוד דהא קונה בכליו של מוכר א"ו לא הוי אלא מעשה הגבהה הקנין וא"כ ודאי דפליגי אפי' במגביה הוא עצמו: והנה הא דאמרי' בעירובין דמגביהו מן הקרקע טפח ל"ק לרש"י ז"ל כמ"ש בתוס' דשם הוי רק מדרבנן וכן הא דהופך את הגלל תי' רש"י בעצמו דהטעם בהפקר קני, אלא הא קשה דהא בכתובות דף ל"א דאמר שם לרבא דידו של אדם חשובה כד' על ד' וקונה בשבת מג"ע וכן פירש"י שם דידו לא הוי כלבוד וא"כ מוכח מזה דהא דבעי רש"י ז"ל ג"ט היינו משום דלא להוי כלבוד, והנה אי קונה משום ידו ודאי דלא בעינן ג"ט אבל לפי דעתי בכל קנין הגבהה לא בעינן לרש"י ג"ט אלא כשמגביה חפץ מקרקע אבל כשנותן לו אחר בידו לא בעינן ג"ט דאז לא הוי כלבוד וסגי בהגבהה טפח לד"ה, וברמ"א קל"ע לא כי אלא שיהי' ידיה גבוה מן הארץ ג"ט וזהו כמ"ש:

והנה בגט לא נמצא בסדר גט הראשון שום רמז להגבהה ג"ט רק

בסדר

בסדר נ"ש כתלא כן ומ"מ נ"ל דאין זה אלא חומרא בעלמא וגם לא הזכתי כלל מזה דבכוהן ליה חבירו ודאי סגי בגטה לכ"ע וכמ"ש. ועוד דבגט דמגורשת משום ידה וכשותה ולא בקנין הגבהה ודאי דלא בעינן ג"ע — אבל מצאתי בקצה"ח סי' רמ"ח שמסיק הם דלרש"י ידו אינו קונה מכח רשות אלא מכח הגבהה ומש"ה בעי ג"ע ובעי מדעתו והביא כן בשם הסמ"ע ומשמע שגם בגט בעי קנין ולפ"ע דבירושלמי הוא אבעיא דלא איפשטא פי' המביא אי כתב גט על השרה והקנה לה השרה במסירה אי נימא כיון דמהני במו"מ כן כמי בגט א"ד בגט כתיב ונתן בידה עד שיהיה כולו בידה, וא"כ לא מהני שום קנין בגט אלא רשותה. אלא דרש"י פי' ר"ם הזורק שהאשה מתגרשת בתורת אג"ק וא"כ מהני קנין ועיין לקמן בדיני הלכ עוד מזה ול"ע:

כלל ג.

אם הותנו לקנות בקנין זה.

דין א.

אם הותנו לקנות בקנין שאינו קונה כלל.

כתב הריטב"א בקידושין ז"ל והוי יודע שכ"מ שאמרו חז"ל שאין הקנין מן הקנינים קונה אע"פ שפי' המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה והרי הוא כאילו אמר שיקנה באמירה בעלמא ולא אמרו בגמ' ואי פרים פרים אלא בכסף בקרקעות שדינו לקנות אלא דבמקום שכותבין שטר לא סמכא דעתייהו על שיכתוב השטר לפיכך אם פירש וסמכא דעתו בהכי קונה אבל כשיאמר שיקנה במסירה במקום שדינו במשיכה או הגבהה לאו כל הימינו עכ"ל וכן כ' הר"ן ז"ל ונראה לפ"ז דאף שכל תנאי שבממון קיים מ"מ אם הותנו לקנות בקנין שאינו קנין לא מהני התנאי ולא קנה:

דין ב.

אם הותנו לקנות בכסף בלא משיכה.

בזה כי הב"י וכן הביא הרמ"א לדינא שאם הותנו לקנות בכסף קנה אף שעקרו חז"ל קנין כסף והש"ך חולק ע"ז וכאייתי דלא מהני תנאי נגד חז"ל אפי' בדבר שבממון דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ואף כ"מ לא אמר דמהני תנאי אלא היכא דהוי כעין מחילה אבל לעשות קנין מדבר שאינו קנין לא מהני והביא עוד הך דהריטב"א הנ"ל, והמח"א וכן הב"ח כתבו דהא דמהני כאן היינו משום דלא עקרו קנין כסף אלא לטובת הלוקח ומש"ה אם אמר א"א בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו:

והנה בגוף דברי הש"ך תמוהים לכאורה דמהא דהריטב"א אין שום ראיה דקנין מסירה במקום שאינו קונה אינו קנין כלל משא"כ כסף הא הוי קנין תורה — ונראה בכוונת הש"ך שהוא מביא ראיה מדבריהם של הראשונים הנ"ל ולא מדין שלהם דודאי מדין שלהם יש לחלק כמו שחלקתי אבל מהא שכתבו דהא דמהני בקרקע בכסף אי פרים ה"ט משום דהם הוי קנין אלא דליכא סמיכת דעת וכשהותנו הא איכא סמיכת דעת, וא"כ מוכח מדבריהם אלו דדוקא במקום דהקנין מהני לגמרי אלא דהחסרון הוא משום דליכא סמיכת דעת אבל בכסף דמטלטלין שעקרו חז"ל דלא הוי קנין כלל לא מהני התנאי וזה מוכח מדבריהם מאוד דאי נימא דבמעות במטלטלין נמי מהני תנאי משום דהוי קנין תורה לא היו צריכין לחלק כמו שחילקו אלא לחלק ולומר דשאני כסף דקרקע דהוי קנין תורה משא"כ מסירה במקום משיכה אלא ודאי שהם השוו מעות במטלטלין לכל קנין שאינו מועיל ולכך לא חילקו אלא מכסף בקרקע במקום שכותבין שטר דהם ליכא חסרון אלא שמנהג שכותבין שטר וליכא סמיכת דעת ומוכח מדבריהם כהש"ך, ובקצה"ח כתב לחלק דמשום דמהני כסף בנכרי מש"ה מהני התנאי גם בישראל והביא לו ראי' מהא דאמר בבכורות דף י"ג שהמ"ע שקיבל עליו לדין בדיני ישראל מש"ה קנה במשיכה ולא במעות ומוכח דה"ט דמהני משום דמשיכה הוי דין ישראל וא"כ להיפוך נמי כשהותנה ישראל בקנין של נכרי מהני, ובאמת נראה כדברי הגאון קצה"ח מלשון הגמ' דקאמר בלישנא כגון שקיבל לדין בדיני ישראל ולמה לא תירץ בקיבל שקיבל עליו להקנות במשיכה א"ו דכלה הש"ס להורות דה"ט דמהני משום דהוי דין ישראל ומה"ט כמי איפכא:

איברא דודאי טעמא בעי דהא שקיבל עליו באמירה בעלמא מאי מהני הא כל הקבלה הזאת שהיא בלי קנין כמי לא הוי רק אמירה בעלמא ומאי אינו חוזר בו, וראיתי בתשו' מים יו"ד סי' ש"ח דמוקי לה שקיבל עליו בקנין, ולפ"ז גם ראית הקצה"ח אזלי ליה, אבל באמת לא נראה כן בש"ס מדלא פירש דמיירי בקנין — ונלענ"ד לחדש בה דבר דבאמת בלא קנין מיירי ומ"מ מהני ולהכי הדקדק דלמה לא תירץ בקולר שקיבל עליו להקנות במשיכה ולא בכסף ושוא, דהנה הר"מ כתב בהל' מכירה שאם אינה עכו"ם את הישראל לריך העכו"ם להחזיר לו האונאה ואף דעכו"ם דהיינו עכו"ם ממש עובדי כוכבים ומזלות כתמעטו

מדין אונאה מ"מ אם אינה הוא את הישראל לריך להחזיר לו בדיניו שלא יחי' עכו"ם חמור מישראל וכתב שם הכ"מ דהר"מ למד כן מסוגי' דע"ז ע"א בלוקח גרוטאות דאיכא מקח טעות יע"ש דמסוגי' דבכורות אינו מוכח דהא מיירי שקיבל עליו לדין בדיני ישראל אבל מסוגי' דע"ז מוכח שפיר דשם א"א לאוקמי שקיבל עליו לדין בדין ישראל דהא דין ישראל משיכה קונה עכ"ם מדרבנן ודו"ק. והנה לפי דינו של הר"מ א"כ אם נתאנה הישראל חוזר בו אף אם לא קבל עליו העכו"ם לדין בדין ישראל אבל אם נתאנה העכו"ם אינו חוזר העכו"ם דהא מיירי מעכו"ם שנתמעט מדין אונאה, וא"כ אם רולה העכו"ם שגם הוא יחזור בו אם יתאנה לריך להתנות כן שאם הותנה מהני התנאי, אלא דהי' לריך קנין דכל תנאי שאינו בקנין לא מהני דלא הוי רק דברים בעלמא וחוזר בו הישראל מהתנאי, ואם לקח בכסף והישראל רלה לחזור בו אינו חוזר דהא בעכו"ם קונה בכסף, ואם רלה הישראל שיהי' בו כח לחזור אזי יתנה הוא עם העכו"ם שלא יקנה הכסף אלא שיהי' יכול לחזור בו קודם משיכה אלא דלא מהני בלא קנין וכאמור, והשתא אם הותני שניהם לדין בדיני ישראל דהיינו שיהי' העכו"ם יכול לחזור בו אם יתאנה ושיהי' הישראל יכול לחזור בו קודם משיכה דשני הדינים הללו הוי דין ישראל התנאי הזה מהני גם בלא קנין משום שזה התנאי הוא לטובת שניהם וקיי"ל בפ' כ"ע בשנים שהותנו זה על זה א"צ שום קנין דאגב שרולה לקנות גמר ומקנה, וכן כמי כאן דהתנאי הוא לטובת שניהם ואגב שרולה כל אחד לקנות גמר ומקני וא"צ קנין וזהו דאמרי' כגון שקיבל עליו לדין בדיני ישראל ולמה בדיני הא לא קאי לכאורה אלא על הך דינא להקנות במשיכה וא"כ בדין ישראל דהיינו דין אחד סגי, א"ו דהש"ס רלה לאוקמי אף בתנאי בלא קנין ולא מהני בדברים בעלמא ומש"ה מוקי לה שקיבל עליו בדיני ישראל דהיינו בשני הדינים שיהי' העכו"ם יכול לחזור אם יתאנה ושיהי' הישראל יכול לחזור בו קודם משיכה ובכה"ג ל"צ קנין דאגב שרולה לקנות גמר ומקנה בדבורא בעלמא וא"כ לפ"ז לא מוכח מכאן דלא כהש"ך ואדרבה מכאן ראיה להש"ך דאי מהני תנאי א"כ למה לא נקט פשוט שקיבל עליו להקנות במשיכה א"ו דלא מהני תנאי לכך, והא דלא מהני שקיבל עליו וקנו מידו ע"כ וכמ"ש בח"ם הנ"ל באמת היינו משום דהש"ך לשיטתו הוא הא סובר בסי' קכ"ג דלא מהני ק"ס בנכרי וחולק שם על הר"ת ויבוא לקמן אי"ה במקומו:

והנה הקשו האחרונים על הראשונים ז"ל שנתלבטו במכירת בכור אי כרש"י או כר"ת וספק כסף או משיכה וקשה להב"י והרמ"א אמאי לא תיקנו שיתנה עם הנכרי בקנין כסף או משיכה ועיין מש"א ורי"ט אלגאזי ז"ל בבכורות פ"ב, ולפמ"ש דאין מהא דגרוטאות שום ראיה לדין הב"י אפשר לומר דהא דמהני תנאי לב"י והרמ"א היינו ישראל מישראל שדינו מה"ת בכסף אלא שחז"ל עקרו מש"ה מהני תנאי אבל מנכרי שאין דינו לר"י בכסף ולא לר"ל במשיכה כלל מה"ת הוי כמתנה על קנין שאינו קונה כלל ולא מהני תנאי ובהא מודי הב"י והרמ"א דלא מהני וכמ"ש והא דמהני בהא דגרוטאות היינו כמ"ש אגב דרולה לקנות גמר ומקנה גם לא הי' לשם לתקן שיקנו מידו ע"ז דהא לא מהני ק"ס וכמו שהביא הש"ך בסי' קכ"ג אותה ראי', עלמה דלמה לא תקנו ק"ס בבכורות ע"ש:

ודע דיש לי קושי' על הא דכתב הכ"מ דהר"מ הוליא לו דין זה שאם אינה הנכרי לריך להחזיר לו אונאה מסוגי' זו וקשה הא להסוברים דיש ביטול מקח בקרקע עד פלגא וה"ט דאף דאימעט קרקע מאונאה מ"מ ביטול מקח לאו באונאה תלי' אלא משום דאדעתא דהכי לא זבין וכמו שפרש"י בב"מ שם דף נ"ז וא"כ כן כמי עכו"ם לא אימעט רק מאל תונו. אבל ביטול מקח יש לו וא"כ הא מסוגי' דבכורות אין לו ראיה להר"מ ז"ל דשם הא מוקמינן לה כשקיבל בדיני ישראל ומסוגי' דע"ז הא שם הסוגי' הולכת לר"י דנכרי במשיכה וע"ז פריך אי נכרי במשיכה א"כ ניסא אמאי חוזר ולר"י שפיר מהני משום מקח טעות דהא הוי קונה בב"מ שם דיש ביטול מקח בקרקע וא"כ כן כמי יש ביטול מקח מנכרי דאף דאימעט מאל תונו מ"מ מביטול מקח לא אימעט דאדעתא דהכי לא זבין ומשום הכי חוזר אבל לעולם דאם נתאנה בפחות משתות לא אלי הישראל לזכותו בדין להחזיר לו אונאה דאימעט מאל תונו ולריך עיון גדול:

וראיתי בריי"ט אלגאזי ז"ל שכי שם לתרץ קושי' הנ"ל דאמאי לא תיקנו תנאי במכירת בכור וכי שם דהא דמהני בגרוטאות שקיבל עליו לדין ישראל ומש"ה אם משך הישראל אי לאו משום מקח טעות לא יכול לחזור אלא יוליך ליה"מ היינו משום דהנכרי כל זמן שלא חזר מקבלתו הישראל אינו יכול לחזור מפני שלא קנה בקנין סגוי דהא הוא ישראל הוי וקנינו הוא משיכה ומש"ה כל דליכא עכבה מלד הנכרי שהוא עומד בדיבורו אין הישראל יכול לבטל הקנין אבל אם הנכרי רולה הוא יכול לחזור בו דהא רק בדיבורא קיבל עליו ואתי דיבור ומבטל דיבור, ומש"ה במכירת בכור חיישינן שמא יחזור הגוי מהמקח ונמלא שהבכור קדוש דהמקח בטל ע"ש — ולפענ"ד בבקשת מחילה מכבודו ז"ל כראוי אבל דבריו תמוהים לי מאוד, חדא דאיך יוכל להיות שהנכרי יהי' יכול לחזור והישראל לא, שאם הנכרי יכול לחזור גם אחר שמשך הישראל א"כ ודאי שגם הישראל לא קנה דלא סמכא דעתו על הקנין כלל דשמא

יחזור

יחזור הנכרי ולא מצינו זאת אלא לר"ש בכסף ביד מוכר והיא תקנתא דרבנן כן שמוכר חוזר לבדו אבל בקנין תורה כל שאחד חוזר גם השני ע"כ חוזר — ועוד דלמה לא יחזור גם הישראל הא משיכה זו מן הנכרי אינו קונה לו מדין משיכה בישראל דהא משיכה בישראל לא קנה אלא משום תנאי שכן הותנה וא"כ אם הישראל חוזר מדיבורו הוא מבטל בחזרה זו דיבורו שאמר שרוצה לקנות עתה במשיכה כדין מישראל ואתי דיבור שלו ומבטל התנאי ותו לא קנה לו המשיכה מהנכרי וכדין שאר ישראל שקנה מנכרי בלא תנאי הוי דלא קנה — ואי תימא דמ"מ לא מצי הישראל לחזור משום דעביד מעשה משיכה ותו לא הוי דיבור א"כ גם הנכרי לא יחזור מה"ט גופא דכבר נעשה מעשה ע"י הדיבור וקודם שמשך הי' יכול לחזור אבל אחר שמשך לא א"ו דאין חילוק. ועוד קשה דאם הנכרי יכול לחזור בו א"כ למה יוליך הנאה לים"ה הא לא הוי עדיין ע"ז של ישראל שאין לה ביטול כיון שיש לה תקנה ע"י שיחזור הנכרי ויבטלה ול"ע:

עוד הקשה שם הרי"ע אלגאזי ז"ל דאמאי הוצרך לשנות שקיבל עליו לדין בדין ישראל הא בלא"ה יש לתרץ אף שלא החליף דתו אלא שהותנו שלא יהיו המעות קונות לו עד שימשוך דכיון שקפיד, כן לא קני עד שמשך ותו לא קשיי כישא דמשך לא קנה דהא באמת מעות קונות בנכרי אלא בשיפא קפיד שלא יקנו לו עד דמשיך וע"ש. ולענ"ד ל"ק ול"מ דהא א"כ לא המשיכה קונה לו אלא המעות ומשיכה לא הוי אלא תנאי דעד אחר מעשה משיכה לא יקנו המעות וא"כ מאי אתא התנא לאשמעינן בזה דמהני תנאי זה ולמה נקיט דווקא כשהותנה שלא יקנו המעות עד אחר המשיכה הא כן הי' יכול למינקט תנאי על מעשה אחרת שאם הותנה כן לא קנה עד דמקיים תנאי ואזיל אלא וודאי דהמשיכה הוי הקנין וא"כ ע"כ שקיבל עליו לדין ישראל וזה פשוט:

בחזור לשיטתו דלפי המתבאר נראין דברי הב"י והרמ"א ז"ל לדידן דקיי"ל כר"י דמעות קונות מה"ת ורק מדרבנן עקרוה ומהני תנאי כמ"ש הב"ש והמח"א. אבל לר"ל דלא קני מעות מה"ת לא מהני תנאי לקנות במעות ודלא כהקצ"ח שר"ל דמהני כן גם לר"ל ומהסוגי' דבכורות אינו מוכח וכמ"ש וממילא דבנכרי לא מצי להתנות לא בכסף לר"י ולא במשיכה לר"ל דלא מהני תנאי למי שאינו קונה כלום כהש"ך. ויש בזה עוד נ"מ לישראל שקנה שעורות דלא מהני בכסף אפי' אם הותנו כיון דכסף ל"ק שם מה"ת ולא מבעי למ"ד מכירת שעורות מדרבנן וודאי דלא מהני כלום דהא הם תיקנו כל עיקר המכירה וא"כ וודאי דלא מהני שום תנאי וקנין באופן אחר אלא אפי' למ"ד מכ"שע מה"ת מ"מ הא שם כסף אינו קונה לד"ה מה"ת וא"כ לא מהני תנאי וזה ברור לכ"ע ויש בזה נ"מ גדולה לענין ריבית:

והנה המח"א ז"ל הקשה על הב"י והרמ"א דמהתוס' וריטב"א ז"ל בסוגי' דחליפין מוכח דלא כדבריהם דהכי הקשו אמאי לא עקרו חז"ל ק"ש משום הך גזירה שמא יאמר נשרפו ולהב"י קשה מה הקשו הא כשעשו ק"ש א"כ לשם קנין עשהו ובכה"ג אפי' קנין מעות לא עקרו דהא מהני תנאי, עוד הקשה מהב"י עצמו שהוא סותר א"ע שכ' גבי ערבון שנתנו לשם קנין ומ"מ אמרו דל"ק במטלטלין אלא למי שפרע וכן כ' הר"ן וא"כ קשה אמאי לא קנה לגמרי הא כן הותנו, ולענ"ד להסביר הענין דלכאו' כפי הפשוט ק"ל להבין כלל הא שכ' הב"י שאם הותנו לקנות קני הא גם קודם שעקרו חז"ל קנין מעות ע"כ הא שקונין מה"ת הוי בנתן מעות לשם קנין וא"כ כשעקרוה כן עקרו דאפי' אם יתנו לשם קנין לא קנה וא"כ מאי מהני תנאי יותר מלשם קנין. וע"כ צ"ל לפרש דחכז"ל אמרו כל מי שיתן מעות אפי' לקנין מ"מ אף שהמעות קונין אם רוצין לחזור בהם מצי לחזור ויבוטל הקנין ובזה סובר הב"י והרמ"א שאם הותנו זע"ל שלא יוכלו לחזור בהם נתקיים תנאם ולא מצי לחזור וממילא דקונה ק"ג. והחילוק שבין הותנו בהדיא ללא הותנו אלא נתנו לשם קנין הוא כך דבשנתנו לשם קנין הוא נותן על הקנין של תורה ולא מהני אלא למי שפרע שזהו הקנין המבואר מקנין של תורה במעות אבל לא אמר בפירוש אי אפשי בתקנת חכמים אבל אם הותנו בפירוש שיקנה ממש קנין גמור שלא יוכל לחזור אז אמרו שהם יודעים מהתקנה אלא שאינם רוצים בכך ועל תנאי זה הם עושים קנין מעות ומה"ת מהני וכן כתבו הב"י והרמ"א שאם הותנו בהדיא היינו כמ"ש ודו"ק כי זה הוא ברור:

ואשר קשה לי על שטה זו היא מגמ' דע"ז ס"ג גבי אתנן דמשני הא דאמר בעלה זה ופריך הא מסקנא משיכה ולא מצא משכחת אלא או בזונה נכרית או בישראלית וקאי בחצירה ואמאי לא מוקי לה כשהותנה עמה שתקנה לה הביאה והיא המעות וקונה אפי' לר"י ואי דהוי כתן מיד כ"ק וכמו שמתרץ לה אקאי בחצירה כגון שעשה לה אפותקי ואי לא אביא לך מעות תקנה ביאה לגמרי, והוי אפשר לתרץ כשכיחא כמ"ש הב"ש והמח"א דרק לר"י מהני תנאי זה משום דכסף הוי קנין תורה אבל לר"ל לא מהני התנאי ולא כמ"ש הקצה"ח ז"ל, ולפ"ז הי' אפשר לתרץ ולומר דכל קושיי הגמ' לא היתה אלא לר"ל ולדידיה הוא דלא משכחת לה אלא או בנכרית או בחצירה וכן נראה שם באמת מתי' הגמ' דקאי לר"ל וכמ"ש התוס' שם דאותו תי' של זונה נכרית לא קאי אלא לר"ל ע"ש. אבל לר"י אין ה"נ דמשכחת לה ע"י תנאי, אבל התוס' שם הא מפרשי קו' הגמ' גם אליבא דר"י וא"כ קשה מאי פריך הא לר"י וודאי דמשכחת לה ע"י תנאי. גם הר"ת ז"ל בא"י מזבח לא הביא דין אתנן אלא דקאי בחצירה ולפי' הב"י והרמ"א הא כר"י קיימ"ל ומשכחת גם בהותנו שתקנה הביאה ולע"ג. שוב מצאתי להמח"א הל' קנין מעות שכ' שם לסייע להש"ך וכו' ועיין פ' בתרא דע"ז דף מ"ג גבי אתנן זונה עכ"ל וכיון למ"ש:

כלל ד.

איך קונין בהקדש וקצת דין אמירה לגבוה.

דין א.

בהקדש מעות קונין מה"ת.

מבואר במתני' דבהקדש קונה כסף והיא מקרא ונתן הכסף וקם לו — ומ"מ אם משך הדיוט חפץ של הקדש במאתים ולא הספיק לפדותו עד שעמד במנה הוא נותן מאתים שלא יהי' כח הדיוט חמיר מהקדש, אבל פדאו במנה ולא הספיק למשכו עד שעמד במאתים אין הגזבר יכול לחזור ואף דבהדיוט חוזר מ"מ ל"ת כאן שלא יהיה כח להדיוט חמיר משום שגם הדיוט הא אסור לו לחזור ועובר על מי שפרע ולכן גם ההקדש אינו חוזר וכן פסק הר"מ בפ"ז מערכין:

ובפרק ט' ממכירה כתב גזבר שקנה מהדיוט אם הוזל חוזר וכתב הראב"ד ח"ל א"א אם כלה הוזל כו' וזו היא שאינו מי שקיבל לספק סלתות מג' כו' על העליונה עכ"ל ועיין בר"ן שתמה על הר"מ ועל ראיית הראב"ד דהא כל היכא שההדיוט מקבל מי שפרע אין הקדש חוזר כדאמרינן בגמ' וגם שהר"מ ז"ל סותר עצמו שהוא עצמו פסק כן בפ"ז מערכין שהבאנו ע"ש ועל ראיית הראב"ד כ' הר"ן דלא דמי דהתם לא היו הדי' בעין ולא קנה הקדש ק"ג ולכן חוזר משא"כ היכא שקנה ההקדש ק"ג ואילו הקושי' הם עצומות מאוד — ובכ"מ תי' וז"ל ול"נ כיון דבהדיוט מעות קונות מדאו' ל"ל דכתב רחמנא בהקדש ונתן הכסף אלא לומר לך דוקא קונה מן ההקדש הוי בכסף אבל לא מוכר להקדש כו' אבל כשהגזבר נתן דמים ולא משך והוזל כיון דמדאו' כסף ל"ק כו' עכ"ל והנה דברי הכ"מ ז"ל הם סתומים מאוד מכל צד וא"א להבינם וכן תמה עליו המל"מ וכתב שדבריו קשים להולמם דהא ודאי מעות קונות מה"ת בין בהקדש ובין בהדיוט כו' וכן מבואר בדברי רבינו ז"ל שכ' נתן דמים של הקדש קנה כדין תורה ולפי דברי הרב אינה תורה אלא תקנת חכמים ועוי"ק שלדברי הרב צריך לעשות תקנתא לתקנתא גבי נתן דמים של הקדש והוקר חדא לעשות דבר תורה שמעות קונות וג"כ שלא יוכל המוכר לחזור ולקבל מי שפרע כו' עכ"ל — ולענ"ד נראה שמצאתי פתר הדברים של דברי הכ"מ ז"ל ודברי אלקים חיים שמה — ונאמר דהא שמיעט התורה כל הקנינים מהקדש ולא נתן להקדש אלא קנין כסף היא סברא גדולה שאין ההקדש יכול לצאת מקדושתו אלא ע"י פדייה וחילול ולכך צריך דוקא שיתן ההדיוט כסף להקדש והכסף נעשה הקדש ועי"כ יוצא ההקדש מקדושתו לחולין — ולפ"ז גם כסף של הקדש אינו יכול לצאת בשום אופן לחולין ע"י שום קנין אלא עד שיכנס חפץ של חולין להקדש עבור המעות וא"כ צריך שיכנס החפץ של חולין להקדש קודם שיצאו מעות של הקדש לחולין וא"כ איך יקנו מעות של הקדש את החפץ של חולין בתורת מעות קונות כמו בהדיוט הא בהדיוט המעות קונות ע"י שהמעות נקנו למוכר וע"י שהמוכר קונה את מעות הלוקח קונה הלוקח את החפץ של מוכר ובהקדש א"א להיות כן דלא מצי ההדיוט לקנות שיהיו שלו ושיהיו חולין קודם שיצא החפץ שלו להקדש — ואי תקשה א"כ איך קונה הגזבר בהמות ממוכר הדיוט במעות הקדש הא המעות הם הקדש בכ"מ שהם וא"כ במה קנה הגזבר דאין לומר שהוא קונה במשיכה זהו א"א דא"כ הא אינו משיכה מה"ת ועוד דלא שייך כלל משיכה להקדש דהא לא ההקדש מושך, וגם אי אין חצר להקדש גם משיכה ליכא ואי שהגזבר מחלל המעות הקדש ואומר מעות שלו יהיו מחוללין על בהמה זו אין זה בגדר מעות קונות שאין המוכר קונה את המעות עד אחר שנתחללו ואח"כ יקנם, וכיון שכן לא הוי הדין נותן שיהיה בהמה זו נקנה להקדש ע"י נותן המעות אלא ע"י אמירת המוכר שאומר שהוי' בהמה שלו הקדש ובתנאי שיחללו המעות ויהיו שלו ואם לא הוי קנין גמור כשאר מעות של הדיוט אלא באמירתו נעשית הקדש א"כ הי' יכול לחזור בו כשהוקרה ולשאול על אמירתו — ועוד דמה יעשה הגזבר כשיתן מעות קודם על מקח שאינו מיוחד כדי לשלם אותן המעות עליו וכגון הא שקיבל עליו לספק סלתות לשנה דבכה"ג בהדיוט קנה אף דאין כאן סולת מיוחד שיקנה הלוקח מיד בנתינת המעות מ"מ הוא קונה וכמ"ש לעיל בשם הרמב"ן ז"ל שנתחייב ונשתעבד גופו לכך ע"י מעות ונתבאר שם דאחר שעקרו קנין מעות גם בכה"ג עקרו. ונשאר קנין למי שפרע וא"כ מה יעשה הגזבר מאחר שאין מעות של הקדש נתפסו להיות חולין עד שיכנס חפץ להקדש א"כ איך ישתעבד המקבל עליו לספק במעות הללו ואיך יקנה הוא אותן המעות קודם כדי שיתחייב גופו לספק — א"ו על כל הנאמר צ"ל כמ"ש בש"מ ב"מ דף מ"ז ע"ב וז"ל וי"ל דהכא לב ב"ד מתנה על מעות הלשכה

הלשכה שלא יקדשו מה שיתנו בקלתות כדי שיוכלו לקנות בענין זה שהדבר הזה הוא צורך להקדש כדי שיהיו קלתות מלוין להקדש כל השנה עכ"ל ולפ"ז אומר אני דגם כשקונה הגזבר בהמה מהדיוט הי' לב ב"ד מתנה שיהיו אותן המעות חולין כשיתנם הגזבר למוכר כדי שיקנו מיד כדין הדיוט ושלא יוכל המוכר לחזור בו כשהוקרה דכשנעשו חולין הרי מעות קונות ד"ת וזה שאמר הר"מ שקונה כדין תורה ולכך אין המוכר חוזר והא תינח כשהוקרה ורצה המוכר בחזרה אבל כשהוזלה הבהמה ורוצה הגזבר לחזור יכול לחזור דכיון דמה"ת ובלא תנאי ב"ד אין מעות של הקדש קונות מה"ת וא"כ מה"ת יכול הגזבר לחזור ואפי' מי שפרע ליכא דהא אין מעות של הקדש קונות מהדיוט ואף שהי' תנאי ב"ד שיהיו המעות חולין לא הי' התנאי אלא לטובת ההקדש אבל לא להפסד של הקדש ומש"ה אף שהותנו שיהיו המעות חולין מ"מ לא עשו תנאי זה אלא לצורך הקדש אבל לענין חזרת הגזבר ולענין דין ממון של הקדש נשאר על דין תורה הראשון שאין מעות קונות ויכול הגזבר לחזור זהו הטעם של הר"מ ז"ל, והא דפסק הר"מ בערכין וכן מגמ' דקדושין הייגו דשם הי' שהיפך שההדיוט פדאו להקדש במנה והוקרה דאז כיון דהדיוט מהקדש מעות קונות ממש כדין הדיוט מהדיוט דהמעות של הלוקח נכנס להקדש וקונה ומחלל את ההקדש באופן זה שהמעות נעשה קודש הקדש וא"כ מעות קונות מה"ת ובהדיוט כה"ג איכא מי שפרע ולכך גם הגזבר אינו חוזר, אבל אם לקח הגזבר מהדיוט אין המעות קונות מה"ת כלל אלא לענין חזרת המוכר הי' לב ב"ד מתנה ונעשה קנין תורה אבל לחזרת הגזבר נשאר הד"ת במקומו:

ועתה בא וראה שזהו כוונת הר"מ שאמר דמאמר שהדיוט קונה במעות א"כ למה נאמר ונתן הכסף א"ו לומר דוקא הדיוט קונה מהקדש בכסף משום שהיא קנין כמו קנין כסף של הדיוט שהכסף שנותן ההדיוט נכנס להקדש וההקדש מתחלל ע"י כניסה זו וזהו הסדייה משא"כ שהמוכר להקדש אין כסף הקדש קונה מה"ת וכמ"ש ומיושב הר"מ בפשוט ופרח בס"ד: וע"פ האמור יתבארו דברי הראב"ד ז"ל שים תמה דפוסק על הקלתות ראיה גדולה לדינו של הר"מ דהא שם אף דאין הפי' בענין מ"מ הא כבר כתבנו בשם הרמב"ן דמעות קונות לחייב את גופו בכה"ג ומי שחוזר בהדיוט בכה"ג איכא מי שפרע ואף דפוסק קודם שיצא השער לא הוי שהדיוט במי שפרע הייגו משום דקאי באיסור ריבית אבל הגזבר שמותר לו לפסוק קודם שיצא השער כמבואר שם בגמ' שאין הריבית באופן זה להקדש וא"כ גם שם קשה אמאי חוזר הגזבר אם הוזלו הא הי' צריך למי שפרע בהדיוט בכה"ג אם לא הי' איסור וא"כ הא אין הגזבר חוזר דלדידיה דליכא איסור צריך לקבל מי שפרע אלא ודאי ה"ט דחוזר משום דמה"ת אין מעות של הקדש קונות כלל בהדיוט אלא לב ב"ד מתנה שיהיו חולין כדי שיהי' יכול ליתן מעות קודם ולא מהני תנאי זה להפסיד להקדש אלא כשהוזלו אוקמינן לדין ממון של הקדש לדין תורה שאין מעות הקדש קונות מהדיוט וליכא מי שפרע וכן נמי כשקנה גזבר בהמה מהדיוט דאין לחלק כלל דכמו שאם בהמה בענין ניקנית היא בהדיוט במעות כן כשאינה בענין כשתעבד גופו ואיכא מי שפרע ול"ק קו' הר"ן כלל וזהו דבר נכון בס"ד:

דין ב.

אמירה לגבוה.

הא דאמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי פי' דהוי קנין שקנה ההקדש ומש"ה אמרו דהוי כמסירה וזהו מבואר בר"מ ואף דהרא"ש בנדרים כ"ט ע"ב ד"ה הכא פי' דחייב לקיים דבריו כאילו נדר דכתיב מוצא שפתיך תשמור ולא מצי למיהדר ביה עכ"ל ומשמע מלשונו דלא הוי אלא נדר ולא קנין מ"מ יש לפרש דברי הרא"ש כן דודאי קנין הוי אלא שהוא מפרש הטעם דמש"ה הוי האמירה בהקדש קנין משום דהדיבור של הקדש לא הוי כשל חול שצריך לקיים דיבורו מקרא. והנה המשמע בפי' הרא"ש שם נראה שבא לתרץ קו' הר"ן שהקשה שם אמאי אינו חוזר באומר לאחר ל' יום הא גם במסירה להדיוט האומר משוך פרה זו ולא תקנה עד לאחר ל' יום אם חוזר בתוך ל' לא קנה. ותי' הר"ן דאמירה לגבוה הוי כמוסר להדיוט ואומר מעכשיו ולאחר ל' דלא מצי חוזר — והרא"ש תי' דמש"ה אינו חוזר משום שחייב לקיים דיבורו כאילו נדר.— והנה לכאורה יפלא באמת על הר"ן הכי לא ידע לחלק בין נדר למשוך פרה זו וכמ"ש הרא"ש — אמנם נראה דהר"ן לא רצה לתרץ כן משום דהגמ' הא נקט משום אמירה לגבוה דהייגו קנין דאי רק משום נדר הא שאינו רשאי לחזור מ"מ אם עבר וחזר בו אף שעובר על האיסור נדר מ"מ אין השור להקדש דהא מדין קנין יכול לחזור ואם חזר אין הקנין חל אלא שלא קיים מוצא שפתיו אבל אם משום אמירה לגבוה אזי אם הוא חוזר לא מהני כלום והב"ד נוטלין את השור להקדש ומועלין בו דהוי הקדש ומש"ה הקשה הר"ן ולא ניחא לי' בתירוץ הרא"ש. — ולפ"ז תקשה על הרא"ש אם לא נימא דהרא"ש ג"כ מודה לסברת הר"ן דהוי כמעכשיו. — אבל יותר נראה דהר"ן

והרא"ש פליגי בסברת הר"מ והראב"ד בפכ"ב מהל' מכירה אם אמר יהי' זה להקדש בדשלב"ל אם חייב לקיים דיבורו משום נדר הר"ן סובר כדעת הראב"ד שם דליכא בלשון זה משום נדר כל שלא אמר בלשון אתן ולכך הקשה שפיר הא יכול לחזור דלא קני הקדש עד אחר ל' יום וגם נדר ליכא.— והרא"ש סובר כהר"מ דאיכא משום נדר ולכך אמר דהוי כאילו נדר והא דהביא הגמ' אמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי הייגו דמש"ה אף שלא אמר בלשון אתן מ"מ אסור לו לחזור והטעם שאם לא הי' הדין של אמירה כמסירה אז לא הי' הדין נותן שיש נדר אלא אם אמר לשון אתן שמתחייב עצמו באיזה דבר דזה הוי נדר שאסור בתורה אבל אם אמר יהי' זה הקדש לא הי' נדר כלל אבל אחר שאמרה התורה כי יקדיש ביתו דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ממילא ידענו דאף במקום שלא קנה ההקדש מיד מ"מ צריך לקיים מוצא שפתיו שאם אמר יהי' כן להקדש אסור הוא לחזור בו שאם חוזר הא תו לא יהיה הקדש ויבוטל מוצא שפתיו ומש"ה אסור לו לחזור אבל באמת לפי' הרא"ש אם הוא חוזר אין השור הקדש דהא אין כאן קנין עדיין אלא דהוי כאילו נדר כן נ"ל בדעת הרא"ש:

והנה תוך כ"ד לא מהני חזרה בהקדש אף דבנדר מהני לדעת הר"מ מ"מ לא מהני בהקדש וכתבו התוס' מנחות פ"א דמשום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט. ועיין בקה"ח כ"ה טעמא דמילתא אף דבקנין מהני תכ"ד הייגו משום דשם איכא מעשה ודיבור שאומר לו קני וכשחוזר מהדיבור דאתי דיבור של חזרה ומבטל דיבור של קני, וא"כ הוי מעשה הקנין בלא אמירה ולא מהני משא"כ בהקדש דהאמירה היא המעשה עצמה ולא אתי דיבור של חזרה ומבטל שמעשה ע"ש. והנה מלבד שאין סברא זו מוכרחת כ"כ דהא הא דתכ"ד כדיבור דמי הוי בכ"מ אפי' במעשה בנעשה אם א"כ תכ"ד נתבטלה לא מהני ולא הוי הטעם של תכ"ד משום אתי דיבור ומבטל דיבור אלא משום דכל תכ"ד הוי כאילו הי' בדיבור אחד כמבואר בכ"מ בש"ס וכן איתא בגמ' לענין קריעה על אביו וכיוצא בו. אבל מלבד כ"ז קשה מאד להטעם של הגאון ז"ל דא"כ גם בהפקר שנעשה מעשה קנין שיצא מרשותו ע"י דיבור לחוד ומ"מ מהני בהפקר חזרה תכ"ד כמו שהביא המח"א סי' א' מהפקר ראיה מהירושלמי:

ואמנם אי הפקר אינו עושה קנין וכמ"ש הקה"ח עצמו אלא נדר היא א"ש אבל אי"ה לקמן בדיני הפקר נאריך בזה ושם יבואר דליתא גם למ"ש הגאון ז"ל בענין זה. והאמת דהא דלא מהני בהקדש תכ"ד ה"ט משום דהא דמהני תוך כדי דיבור בקנין היא משום דלא גמר ומקני אבל בהקדש גמר ומקני וכן כ' המח"א. אבל יותר יבואר במ"ש הר"ן לענין מעכשיו דאמירה לגבוה הוי כמסירה ואומר מעכשיו דמי וכן אנו נותנים לאמירה דהקדש כל ייפוי כח דהוי כמסירה להדיוט ואחר שעבר כדי דיבור דמי כנ"ל פשוט משא"כ בהפקר דהוי הדיוט:

יצא לנו ממ"ש דאמירה לגבוה הוי קנין כמו בהדיוט מסירה ולהר"ן הוי נמי כמעכשיו וגם תכ"ד לא מצי חוזר ויש בזה נ"מ הרבה אי לא מצי חוזר מטעם קנין או רק מטעם נדר כמו הנודר ומה דמטעם נדר אין בניו מחויבים לשלם וכן כמה נ"מ ויתבאר למעיין בסוגי' אילו:

והנה עוד יש אמירה לגבוה לענין שיעבוד נכסים והוא שאף שמתחייב מנה להקדש אף דליכא מעות מיוחדים ולא אמר מנה זו מ"מ נשתעבדו נכסיו להקדש וזהו ג"כ בכלל אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ודבר זה מבואר ברמב"ן על התורה פ' מטות וכן כתבו הנמ"א:

דין ג.

יש שאלה להקדש.

הנה קיי"ל דיש שאלה להקדש ואין חילוק בין הקדש נדר להקדש נדבה והחות יאיר מסופק בזה עיין ריי"ט אלגאזי דף ק"ב ע"א. ואף דאמירה לגבוה הוי קנין וקנה ההקדש מ"מ מהני שאלה וילפינן לה ב"ב ק"כ מזה הדבר, ואין להקשות ל"ל גזירה שוה זו הא הקדש ה"ה כנדר ולמה לא נדע דמהני לה שאלה ואפשר דמשום דכבר נקנה להקדש וה"א דתו לא מהני לה שאלה וקמ"ל ג"ש דמהני. או אפשר דקרא אתי להקדש נדבה דבהקדש נדבה ה"א דליתא בשאלה והטעם דבשלמא בנדר דאיתא בבל יחל ועד שנקרב ונזרק דמו בהלכתו לא נפטר מחיוב זה כדאיתא בריש זבחים וע"ש ברש"י וכן כ' הר"מ ז"ל וא"כ אם נפסל הקרבן ולא הביא אחר עובר בבל יחל וידעינן שפיר דכל שישנו בבל יחל ישנו בהתרה דהיינו גבי' הוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו כמו נדר דאין לחלק כלל, אבל בנדבה הי' נראה דליכא בל יחל דמיד כשאמר הרי זו הקדש הרי היא הקדש ואם מעל בה המקדיש או אחר עובר על לאו דמעילה אבל בל יחל ליכא דהא מיד נתקיים דיבורו וליתא בחזרה. וא"כ הי' הס"א דכל דליתא בבל יחל ליתא נמי בהתרת חכם שאין החכם יכול להתיר אלא הלאו של בל יחל דאחרים מוחלין לו. ולכך נאמר ג"ש דזה הדבר. אבל אף שאמרתי כן מקודם וכן מצאתי בש"ך יו"ד סי' רמ"ג ד"ה אבל שם בסוף שכ' וז"ל ומי שהקדיש לבד"ה ומסרו לגזבר ושוב בא הוא או אחר ומעל בו חייב מעילה אבל אינו בבל יחל ולא בבל תאחר וזה פשוט עכ"ל. שוב מצאתי כן במהרי"ט ח"ב קכ"ד בסוף שכ' כן דליכא בנדבה בל יחל ולא משום מוצא שפתיו

השמור ע"ש. מ"מ טוב שזכיתי בו ומצאתי שדברים האמורים הנה דמפורש יוצא בנדה דף מ"ו דאמר"ז קטן שהקדיש והכל את הקדישו לוקה משום בל יחל וכן מבואר שם שאם הקדיש הקטן ואכלו אחרים לוקין אחרים על הקדישו וזהו לאו דבל יחל דמזה מיירי שם בקטן וליכא למימר דמיירי מלאו דמעילה דהא לא שייך קרא להפלאה אלא ללאו דבל יחל. וכן הקשה הר"ן נדרים ט"ו מק"ג זו על הר"מ ז"ל שסובר דהמדיר לוקה ולא המודר על בל יחל שהוא לא דיבר כלום רק המדיר הוא לוקה על בל יחל דברו והקשה עליו הר"ן מסוגי' זו שאמרו הקדיש הוא ואכלו אחרים לוקין ומוכח דהמודר לוקה וא"כ גם הר"ן סובר כן כמ"ש דקאי על לאו דבל יחל:

והיה אפשר לתרץ ולומר דהר"ן ז"ל מוקי לה לסא דר"ז ע"ב בקונם דהוי כהקדש דאי בהקדש גמור א"כ ליכא בל יחל וכמ"ש אלא דמיירי בקונם. ומאז אמרתי לתרץ מ"מ קושי' הר"ן על הר"מ דבגמ' כולה לתרץ הברייתא דשם לאיסור בל יחל קאמר ופריך שם ממתני' אי מופלא הסמוך לאיש דאו' מילקי כמי לקי כו' ושקלי וטרי ומסיק הב"ע שהקדים הוא ואכלו אחרים כו' וגרים רש"י אלא, ופי' לעולם אמלקות קאי ולא אאיסורי ואך הר"מ ז"ל י"ל דלא גרים אלא וכמו שנמצא הגירסא לפנינו בש"ס בלא אלא רק הב"ע ולפ"ז קאי הגמ' אתירוץ קמא דלאו למלקות אלא לאיסור בל יחל ולא לאותן המוזהרים עליו דא"כ ש"מ ב"ד מצווין להפרישו אלא בהקדיש הוא ואכלו אחרים אבל מ"מ לא למלקות דלעולם ליכא בל יחל אמודר אלא לאיסור ואיסורא איכא למודר כמ"ש הר"מ ז"ל ואדרבא יש מכאן ראיה להר"מ דאי למלקות אמאי לא אמר אלא כיון דנפל מתי' קמא דלאיסור. ואי קשי' מהך דאמרי הקדיש הוא ואכלו אחרים לוקין א"כ קתני בהי' דלוקין י"ל דקאי על לאו דמעילה דאיכא בקונם. ואדרבה גם משם ראיה דאי לוקין גם על בל יחל א"כ לוקין שמונים דאיכא תרי לאווי לאו דבל יחל ולאו דמעילה א"ו דאין לוקין על בל יחל את המודר כן הי' נראה לכאו' ליישב דעת הר"מ ז"ל:

אמנם לפי האמת לא נראה כלל דמיירי מקונם דמשמעות הגמ' משמע דמיירי בהקדש גמור וא"כ מוכח דאיכא בהקדש לאו דבל יחל גם מלבד הסברא נראה דכיון דלדידן דלא קי"ל כהר"מ ז"ל וקאי בל יחל אדבר א"כ ודאי גם בהקדש כדבר כשאכלו אי נהנה הוא מחלל את ההקדש ואיכא לאו דבל יחל כמו בקונם דמ"ש: והנה שמעתי קושי' מהגאון בעל ערוך לנר ז"ל על מכות דקשה במתני' דאילו הן הלוקין וקתני הקדש שלא נפדה ופרש"י דלא מפורש לאו דידיה אלא מג"ש דמטא מטא וקשה הא איכא בל יחל. ולענ"ד לק"מ דהא פרש"י שם ברישא דמתני' דהתנא לא חשיב אלא הנהו דלאו דידהו איכו מפורש ולשמועינן כוותא וא"כ בל יחל דהוא מפורש לא חשוב וע"כ לאו הנהו שיש בו קחשיב וזהו פשוט. אבל הא ודאי קשי' במתני' דיש מונה שילה א' וקחשיב שור ושמור ופרש"י דשמור הקדש ב"ה ועובר על לאו דמעילה וקשה דלפ"ז הא איכא נ' דאיכא נמי בל יחל ומוכח דליכא בל יחל בנדבה. אלא דבלא"ה הקשו התוס' שם על פרש"י ע"ש ול"ע:

בחזור לעניננו דעכ"פ איכא בל יחל גם בנדבה ומ"מ הולך ג"ש ליש שאלה בהקדש וס"ד דאי לאו קרא ה"א משום דאיכא קנין במסירה תו ליתא בשאלה דשאני נדרים דלא הוי אלא דיבור בעלמא אבל בהקדש שנעשה מדיבורו מעשה שקנה הקדש ה"א דלא מהני ואי ג"ש דמהני:

איברא דאף דמהני שאלה בהקדש מ"מ לא כמו בנדרים דבנדרים מהני חרטה לבדה משא"כ בהקדש צריך דוקא פתח וכן פי' הרשב"א שם ד"ה יש שאלה כו' ומצא לו פתח של חרטה כו' ועבדי לי' כהקדש טעות עכ"ל וכן הביא הש"ך בשם רב"א, והטעם נ"ל כמ"ש דכאן דיש קנין לא מהני חרטה לחודא אלא צריך פתח כדי שיהי' הקדש טעות:

דין ד.

מסרה לגזבר.

ויש כאן שאלה אחת שהביא הש"ך בחו"מ סי' רכ"ה דאם מסירה הוי קנין ומ"מ מהני שאלה א"כ אמאי אמרו כשמסרו ליד גזבר תו ליתא בשאלה וכן כתבו התוס' בפסחים וכן מוכח בגמ' תרומה ביד כהן תו ליתא בשאלה וכן הקדש ליד גזבר ואמאי מה חילוק יש כאן ומאי הוסיף במסירה ליד גזבר הא גם מסירה עשה קנין. ובזה כלאו כל האחרונים אחר הש"ך לתרץ קו' זו ועיין נוב"י מהדו"ת קנ"ד שהאריך עצמו מאוד לענ"ד, והרשב"א בגיטין דף כ' כתב שאין אמירה זה כמסירה לגזבר ממש אלא כקנין להדיוט אבל לא פירש יפה טעמא דמילתא, ומאז אמרתי בטעם הדבר כמ"ש הרא"ש בשם דנדרים תרומה ביד כהן דכיון שיצאה מרשות ישראל וקיים בה מצות נתינה תו ליתא בשאלה, והנה כפי הנראה דייק בה הרא"ש משום דכבר קיים בה מצות נתינה ותי' נ"ל דזה תלוי בפלוגתא דרבא ואביי בנשבע על ככר ואכלו דרבא מצריך שישאל כזית ואביי סובר דעד שיש עוד היתר

מלקות ע"ש. והנה לפ"ז נראה דהחכם אינו יכול להתיר דבר אשר כבר עבר מכל וכל אלא הוא מתיר את העתיד שנשאר עוד איזה היתר על השאר ומוכח זה או איסור זה שיש עוד הוא מתיר וממילא נעקר הכל אפי' מה שעבר ולא עבר כלום אבל אם לא נשאר כלום והכל עבר אין ביד חכם להתיר וא"כ כן נמי בהקדש או תרומה עד שיש עליו עוד חיוב לעשות בה כגון בתרומה מצות נתינה ובהקדש להביאו לגזבר ואי יאחר הוא עובר על בל תאחר וא"כ יש ביד חכם להתיר לו אותו חיוב וממילא הכל נעקר אבל אם עשה בה הכל מה שעליו לעשות תו אין החכם יכול להתיר, אבל מצאתי אח"כ סברא זו בתשו' ש"ק א' ואמר הגאון ז"ל דלפ"ז אם הקדיש ומסר חלי ההקדש כגון שתי פרוטות ומסר אחת לגזבר יהי' מהני שאלה יע"ש, ואמנם בלא"ה מזכתי אח"כ מכל הסברא דהא ודאי שיש כאן עוד איסור בהקדש זה למעול בו וכן בתרומה וא"כ אין זה דומה לשבועת ככר ומיתר:

והנה הש"ך כתב לנו סברא טובה ואמיתית בשם רב"א והש"ך כתב בה טעם דכל שלא מסר ליד גזבר אף דאמירה הוי ג"כ קנין מ"מ לא הוי אלא קנין שע"י דיבור ואתי דיבור של חכם ומבטל דיבור אף דהדיבור נעשה מעשה מ"מ כל המעשה הוא בדיבור ובקנין דלא מהני אלא בהקדש דהא לא מצינו שיהי' דיבור קנין אלא בהקדש וממילא שפיר אתיה הורה שעל קנין כזה מהני ג"כ שאלה אבל אם מסר לגזבר שיש כאן קנין אשר בלא אמירתו שהרי הגזבר משך להקדש וא"כ משיכה זו הא הוי קנין גם להדיוט ואיך נאמר דמהני שאלה הא לא יהי' כח הקדש קיל מכח הדיוט כמו דלא מהני שאלה בהדיוט כן נמי בקנין של הדיוט שנעשה להקדש דהא על אמירתו הא קנה הקדש במשיכה וקנין של הדיוט, והנה סברא זו ראוי למי שאמרה והוא אמת, אבל יש לנו עוד מהקושי' במה שכ' התוס' בכתובות דף י"ג ד"ה ד' שאות דלאחר שנשחטו ונזרק דמן כהלכתן תו ליתא בשאלה וזהו קשה דהא אפי' קודם שנשחטו הא כבר משך לכהן ולגזבר ולא מהני בהו שאלה ואין לחלק בזה כלל בין קדשי ב"ה לקדשי מזבח וכן כ' הנ"י והרשב"א ביבמות כיש שאשה כבה דכן קדשי מזבח שנמסרו ליד גזבר לא מהני תו שאלה וא"כ הכי יחלקו התוס' ע"ז. — והנה כפי הנראה מיירי התוס' בהקדש של נדר דהיינו שהי' חייב אותה מקודם להביאה וא"כ הוא חייב באחריותה. — וכן מצאתי הדבר בריטב"א אנגאזי ז"ל הלכות בכורות דף ס"ב וע"ש שהאריך בזה, והוא ז"ל לא נחית לסברת הש"ך שהבאתי אלא עשה לו דרך לעצמו ואמר הגאון ז"ל כי הסברה לחלק בכל הוא משום שקודם שמסר לגזבר יש לו בה ט"ה בקדשים ג"כ שיכול ליתנה לכל כהן להקריבה וע"ש שלא עלה יפה לדעת רש"י בתמורה ל"ב שאין בקדשי ב"ה ט"ה וא"כ ליתא לסברתו ז"ל, וכן פי' בתוס' כתובות הנזכרים דהטעם משום שחייב באחריותה וא"כ לא יצא מרשותו דלא דלא קיי"ל כר"ש דבר הגורם לממון כממון מ"מ לענין שאלה אמרינן כממון דמי וע"ש היטב, ולענ"ד נראה דלסברת הש"ך הנ"ל אין כאן שום קושי' והכל עולה יפה ונאמר דודאי כן הוא דכל דאיכא כאן משיכה גמורה כמו בהדיוט הרי זה קנה ותו ליתא בשאלה דלא יהי' כח הדיוט חמור מכח הקדש — ואמנם משיכה צריכה להיות כמו משיכה של הדיוט והיינו שתהי' יצאה מרשות הנותן לגמרי עד שאין אחרים כלום ואז ודאי דתו ליתא בשאלה כמו בהדיוט דלא מהני שום חזרה, ובסברא זה נראה שהכל ניחא — והנה סברא זו איתא ברא"ש נדרים שנזכר שהי תרומה ביד כהן שיצאה מרשותו וקיים בה מצות נתינה וכוונתו דכל שלא קיים בה מצות נתינה אף שהיא לגבוה מ"מ ה"ה ברשותו ואחר שמשכה הכהן ויצאה מרשותו ע"י שקיים בה כל המצוה שיש לו בה תו ליתא בשאלה דהא יש כאן משיכה גמורה שאין אחרים כלום — וכן קדשי ב"ה התורה אמרה שיתנה לגזבר ואחר שנתנה לגזבר הא הגזבר משך אותה בשביל הקדש והיא נפטר ויצאה מרשותו כמו משך של הדיוט שמשכה ליקח, וכן הקדש נדבה נמי כשנתנה לכהן או לגזבר א"כ הוי משיכה גמורה שאין אחרים כלום אבל קדשים שהוא חייב באחריות א"כ משיכה זו שמשך בה הכהן לא הוציאה מכל וכל מרשותו דהא עדיין אם יופסל הקרבן הרי זה לא נתן והוי אחר משיכת הכהן כמו קודם משיכה, ואף לרבנן דגונב הקדש לא הוי וגונב מבית האיש אף דחייב באחריותן היינו שהם קונים דעכ"פ הקדש הוי והא קרא דלדידהו אין חילוק בין גונב הקדש מבית בעלים שלא משכו עדיין למשכו אבל לענין שאלה דבעינן משיכה להקדש ממש ועד דמשך לה מבית בעלים לגמרי עדיין יכול לשאול וא"כ ודאי חילוק גדול יש בין הקדש ב"ה דכשמסרו ליד גזבר הרי משכה ההקדש עצמה שהרי אין עליו אח"כ שום חיוב וכן בהקדש מזבח נדבה כל שנמסרה ליד כהן לא הוי שלו כלל, אבל בהקדש חיוב שאם אבדה או נפסלה אמרינן לו שלך כאבדה ושלך נפסלה וא"כ לא הוי משיכה זו משיכה גמורה ולא שייך לומר שלא יהי' הדיוט חמור מהקדש דשאני הקדש שאינו משיכה גמורה ומש"ה כ' התוס' דאחר שנזרק דמן כהלכתן דאז נעשית אותה משיכה וקנין מעשה להקדש באופן דהוי ממש של הקדש גופה ואז נפסק כח המקדיש לגמרי וזה ברור מאוד, באופן דלפ"ז אין חילוק בזה בין שי' רש"י דתמורה לשי' תוס' שלא משום ט"ה הוי טעמא דמילתא

דמילתא דאפי' אי נ"ל הוה ט"ה בקדשי ב"ה מ"מ כל שלא אמר לא נעשה בה מעשה קנין דהדיוט ורק קנין הקדש דאמירה אית בה ומהני שאלה:

דין ה.

אם אמר יזכה חצרי להקדש במציאה אי מהני שאלה.

הנה אם בא מציאה לחצירו ואמר יזכה חצירי להקדש קנה הקדש כמ"ש הר"ן נדרים ל"ד בבכור של הפקר שעומד תוך ד"א שלו שזכו ד"א שלו להקדש כמו המגביה מציאה לחבירו ולא זכה הוא קודם דגלי דעתו שאינו רוצה לזכות אלא להקדש ע"ש. — ונראה לי דבכה"ג לא מהני שאלה מתרי טעמי חדא דלאו שלו היתה ולא הוי הוא בעל ההקדש אלא הקדש עצמו זכה בו, ואף שבא מכח אמירתו מ"מ הוא לא הוי אלא שליח דהקדש ועשה הקנין ע"י חצירו. ועוד דהא גם בהדיוט אם אמר יזכה חצירי לפלוני זכה פלוני ואין האומר יכול לחזור בו וכל שאין הדיוט יכול לחזור גם בהקדש לא מהני שאילה. ובמח"א קנין חצר הי' ע"ז הביא בשם הירושלמי דלא מהני לזכותו להקדש ולא לאחר ע"י ד"א מקרא שאמר דוד ואני בעניי הכינותי ואי בד"א עסיק הוא ואי כהר"ן הי' יכול לאוקמי שהי' בד"א וזכה להקדש ולא לו ע"ש וכ"ל בטעמו דהא הר"ן כתב הטעם שלא זכה בה הוא משום דגלי דעתו שאינו רוצה בה אלא להקדש והביא דגלוי דעת מהני כדאמרינן ב"מ גלי דעתו בנפילה כיפה כו' וס"ל הירושלמי שאם גילה דעתו שאינו רוצה לית ליה ד"א כלל וא"כ גם הקדש לא זכי אם לא קנה הוא ועיין לקמן בדין ד"א שפירשנו דברי הר"י כן דכל שגילה דעתו שאינו רוצה בתקנת חכמים ל"ל ד"א כלל. — ולפ"ז בחצר שלו מהני לכ"ע לחבירו וכן להקדש ולא מהני שאלה שהקדש קנה ע"י חצר, אבל מ"מ נראה דלפמ"ש הר"י דהא דמהני גלי דעתו דוקא בד"א דרבנן אבל בחצר דאוי' לא מהני וקני הוא אף שגלי דעתו א"כ הא דמהני בהקדש הייינו משום שהוא קנה תחילה ואח"כ הקדיש וא"כ בא הקדש ע"י אמירתו ומהני שאלה דהא לפי הר"ן שלא זכה הוא הייינו בד"א דמהני גלוי דעתו בדרבנן — ובזה נתיישב מה שהקשה בקצה"ח סי' ר' סק"א על הר"ן מהא דב"ב ע"ג בתוס' ד"ה אימר בשם ר"ח שהקדיש ע"מ שיש לו כח בצור לזכות לצורך הקדש. וקשה הא לפ"ז אפי' אין אדם מקדיש דשלב"ל, ולפמ"ש ניחא דהא בחצר דאוי' ע"כ קנה הוא קודם ודו"ק בכ"ז ועיין עוד בדיני חצר:

כלל ה.

קנין חליפין.

דין א.

אי חליפין צריך כלי.

כתוב על הגאולה ועל התמורה כו', ושלף איש נעלו ומשם ילפינן קנין סודר וסודר כ"כ וכן קיי"ל שצריך כלי וכלי מהני אפי' היא פחות משו"פ אבל פרי לא עבדי חליפין. ויש מחלוקת הפוסקים אי שור ופרה מקרי כלי או לא עיין בפוסקים. וכתבו התוס' בשם ר"ת דלא בעינן כלי אלא בחליפין שאינן שוה בשוה אבל שוה בשוה לא בעינן כלי. והש"ע כ' שכן דעת הר"מ ז"ל כר"ת שלא כתב הר"מ שצריך כלי אלא בק"ס אבל בשאר חליפין כתב שאם החליף יין ביין שמן בשמן אם משך האחד קנה שכנגדו ומוכח דלא בעינן כלי. והנה לפי מה שפי' התוס' ד"ה ולר"ת שיטת ר"ת דלעולם מיקרי שוה בשוה עד שיהיה כפלים יותר ואז תו לא הוי שוה בשוה וא"כ צריך דווקא כלי וא"כ לפ"ז לא נוכל להשוות דעת הר"מ לדעתו דהא הר"מ לא חילק כלום וכ' סתם ומשמע דאפי' שוה כפלים מהני החליפין בשמן ויין:

הן אמת כי לפי הבנת התוס' ז"ל בדברי ר"ת יפה' שיטתו קשה עד מאד כאשר יראה כל מעיין. וראיתי להגאון פ"י ז"ל שבחר לו דרך לעצמו בכל הענין וגם דעתו ז"ל אינה מוסכמת עם הפי' שכ' התוס' בשי' ר"ת. גם כי לענ"ד פירושו של הפ"י הוא רחוק מכוונת הסוגי' שהוא פי' דמש"ה מהני בשוה בשוה דהוי כקנין כסף שקונה מה"ת לר"י ושוה כסף הרי הוא ככסף ועפ"ז מפרש כל הסוגי' ויצא לחלק לפ"ז בין ר"י לר"ל בקנין חליפין ואין משמעות הסוגי' כן בשום אופן. ועוד דלענ"ד אין קנין חליפין כלל מסוג קנין כסף והחילוק ביניהם מבואר כי דבתורת דמים א"צ דווקא שיקבל הוא עצמו או שליחו בתורת שליחות את הדמים אלא כיון שנפרע באיזה אופן שיהי' כגון שאם אמר המוכר תן המעות לנכרי זה כיון שנתן זה ע"פ צוואתו קנה את המקח והוי כאילו נתן לו מטעם ערב כמבואר וא"כ אף שלא עשה המוכר שום קנין לא הוא ולא שליחו של תורה דהא אין לנכרי שליחות מ"מ קנה הלוקח מדין מעות וה"ט לפי שבדין מעות קונות א"צ המוכר שום קנין במעות דלאו מעשה קנין של המעות עושים הקנין אלא מעשה הפרעון של הלוקח וכיון שע"י אמירת המוכר נתן הלה את המעות ונפרע מן המקח ועי"כ קנה אף שלא עשה המוכר שום קנין ואם הי' צריך המוכר לעשות קנין במעות שלנו לא הי' מהני מה שהקנהו הנכרי דאף שנעשה המוכר ערב ונשתעבד מ"מ הא לא עשה מעשה קנין במעות ולענין ערב ושיעבוד ודאי דמהני מה שנתן הלוקח ע"פ צוואתו אבל למה קנה הלוקח בזה את המקח אלא ודאי כמ"ש דמעשה הפרעון עושים את הקנין. וכן שייך דין של ע"כ בתורת דמים שאם אמר לאוהבו הילך מנה ויקנה פלוני קנה ועוד אפי' אם אמר כן לנכרי מ"מ קנה פלוני משא"כ בקנין חליפין לא קנה שכנגדו אלא אם עשה אחד או הוא או שליחו שהוא לאוי מה"ת לשליחות קנין במשך ולכן אם אמר תן משך זה לנכרי והנכרי משך בו לא עשה חליפין דכיון דאין לנכרי דין שליחות לא משך הישראל ולא קנה שכנגדו וכן לא מהני דין ע"כ בחליפין כמו שיתבאר לקמן אי"ה וכ"ז משום דבתורת דמים א"צ לשום קנין אלא לשלם את דמי החפץ והפרעון היא הקנין. ועיין סמ"ע ק"צ שכ' שצריך להיות הפרעון דמי פרעון ולא לקנין וכיון למ"ש ודו"ק כי הדברים ברורים ואף שראיתי להמקנה ז"ל שכ' ג"כ דלר"י מסירת המעות של המוכר עושים הקנין הנלענ"ד אמת כתבתי:

והנה ראיתי להתוס' ב"ק דף ע' ע"ב ד"ה באומר שפי' דברי ר"ת באופן אחר וכתבו שם דהר"ת סובר דהא דפרי' לא עבדי חליפין הייינו בתורת קנין סודר אבל לא בחליפין ממש שהם שוה בשוה. והפי' של שוה בשוה היינו שאין כאן השוואה אחרת אלא שמחליף באמת זה בזה ואפי' שווה כפלים זה מזה מ"מ מקרי שוה בשוה דהייינו שאינו מוסיף עוד יותר אלא זה החליפין משא"כ ק"ס שאינו שוה בשוה משום שבלעדי הסודר צריך עוד לתת לו דמי ההשוואה. ובל"א מיקרי שוה בשוה גראד אויף גראד והיינו חליפין של אמת. ולפ"ז שפיר הוי דעת הר"מ ז"ל ממש דעת הר"ת ז"ל:

ומעתה נלענ"ד לתרץ שיטה זו מצד הסברא ושלא תקשה עליה שום קושי' דהנה מצד הסברא יש לחלק בין ק"ס לחליפין ממש דהא קיי"ל כר"כ בנדרים דכל סודר לא הוי אלא קני ע"מ להקנות ואי תפס ליה מפקינן מניה. וא"כ קרא דשלף איש נעלו הא איירי מק"ס שאינו נותן הנעל אלא לקיים כל דבר ולהקנות אבל לא לחליפין ממש ובזה הוא שצריך כלי דכיון שהוא לא בא אלא ע"מ לעשות הקנין צריך להיות דבר חשוב אבל על התמורה דהיינו חליפין ממש שמחליף זה בזה באמת כיון שניהם הסכימו להעריך זה בזה א"כ הוי חשיבות של זה כמו זה לגבי המחליפין ומהני הקנין אף בלא כלי אלא כמות שהיא שאם משך האחד קנה שכנגדו ואין חילוק בזה בין ר"י לר"ל כלל דאף לר"ל דמעות אינם קונים מ"מ נאמר על התמורה והיא החליפין שהוא קנין תורה ומהני במשיכת האחד כמו כלי בק"ס ולא משום דמים אלא משום קנין חליפין וזהו הנראה בדעת הר"ת והר"מ ברור. ומעתה לפי' זו נאמר בקרא שני קנינים אחד ק"ס שליפת נעל והיא צריכה כלי ושני על התמורה שהיא קנין חליפין באמת וא"צ כלי והסברא לחלק כמ"ש דק"ס לא בא רק להקנות וצריך חשוב משא"כ חליפין ממש כל דבר הוי חשיבות של זה כמו זה לגבייהו וקונה ע"י משיכת האחד שכנגדו:

ובסברא זו נראה דפליגי הראשונים ז"ל דשאר הראשונים דפליגי על ר"ת ולא חילקו בין ק"ס לחליפין ממש הם סוברים דכל דינן של חליפין בין ממש ובין ק"ס הכל משלף איש נעלו גמרינן להו ומק"ס ילפינן לכל חליפין ואם בק"ס הוי קני ע"מ להקנות כן חליפין ממש כמו עיקר הקנין שנעשה לא נעשה הקנין אלא ע"י ק"ס שבו דהיינו בהקני ע"מ להקנות דהא שהלה נותן לו באמת כל השכר לא שייך כלל להקנין אבל כל דין של חליפין אחד והוא נעשה ע"י ק"ס ועיין רשב"א קדושין דף ו' ותמצא כדברי כי מתוכחו ז"ל למדתי כן. אבל הר"ת והר"מ ז"ל סוברים דחליפין ממש לא משלף נעל למדנו אלא מעל התמורה:

ואם הי' אפשר לכוון דעת רש"י ז"ל עם שיטת ר"ת וכמ"ש אפשר לנו לתרץ ע"פ מה שכתבתי כל הקושי' שהקשו הראשונים על רש"י ותחילה היא קושי' התוס' אהא דפרש"י ז"ל שור ופרה לא מיקרי כלי ופי' דקושי' הגמ' של הכיפא לר"פ קאי בין למאי דס"ד ובין למסקנא והקשו בתוס' דלפ"ז למאי דפוסק רש"י כר"כ דמעות אינם קונים וקיי"ל כר"כ דבעינן כלי א"כ איך יתרץ המשנה בין להס"ד ובין למסקנא דהא מסקינן דר"כ ע"כ כרי' ס"ל והיא קו' מעורה מאד ועוד הקשה הרמב"ן ז"ל כמה קושי':

ואמנם לפמ"ש הנה לר"כ דס"ל בנדרים דק"ס הוי קני ע"מ להקנות ואי תפס מפקינן מיני' וודאי דיש לחלק בין ק"ס לחליפין ממש לענין כלי וכמ"ש בסברא אבל לר"א דהם שהוא סובר שגם ק"ס אי תפס לא מפקינן וא"כ אין לחלק כלל בין ק"ס לשאר חליפין ממש וכיון שכתבה התורה כנעל בק"ס ממילא כל חליפין בעינן כלי לר"כ. ומעתה נאמר דהא דמסקינן כאן דר"כ ע"כ כרי' ס"ל היינו לר"א דנדרים דלדידיה וודאי קשה קושי' הגמ', אבל ר"כ בעצמו לשיטתו יכול לתרץ שפיר הך מתני' דכל הכיפים דמתני' איירי מחליפין ממש ול"ל כלי. וכן רש"י ז"ל אף דפוסק כר"ל מ"מ הוא סובר דק"ס הוי קני ע"מ להקנות וא"כ ל"ל כלי ומתורץ המשנה והסוגי' דכאן אוקמא דלר"א אליבא דר"כ ע"כ צריך לומר כר"י. ולא תקשה מהא דפי' התוס' בקדושין דף כ"ו לפרש"י דאם תפס הסודר לא מפקינן מניה דהם הא הסוגי' הוא כר' אמי ולדידיה פי' כן אבל לדידא

יכול להיות דהש"ס כרוב הפוסקים דלא חשש מפקינן מיניה. וכן מיושב קו' העלמות יוסף בקדושין דף ה' דפריך שם ולר"כ דאמר פירי' לא עבדי חליפין מא"ל וקשה הא לגי' ר"ח מאי פריך הא י"ל דמיירי מחליפין ממש ולא בעי כלי ולפמ"ש לא פריך כן אלא לר"ח אליבא דר"כ דלדידיה אין לחלק בין ק"ס לחליפין ממש. ובמל"מ הקשה על הר"מ ז"ל דסובר דאין מ"ע נקנה בחליפין וקשה מנ"ל הא הא מפקינן דלר"כ לא ממעט הברייתא תבואה וכלים בתורת חליפין. ולפמ"ש לק"מ דדוקא לר"ח אליבא דר"כ מפיק כן אבל לר"כ וכן קיי"ל באמת מיירי ג"כ תבואה וכלים בתורת חליפין דבחליפין ממש א"ל כלי. גם מה שהקשו הבעהמ"א והרמב"ן ז"ל מהא דר' אדא ב"א הרי הש"י חשש פרתו וכדהקשו מאוד להרש"י ז"ל ולפמ"ש י"ל כהב"א סובר כר"כ גופא ומיירי מחליפין ממש ולק"מ:

דין ב.

מטבע אין נעשה חליפין.

קיי"ל מטבע לא נעשה ולא נקנה בחליפין ובגמ' אר"פ מ"ט פרש"י דליכא למימר דסובר כר"כ שאין קונין אלא בכלי דא"כ אדמפלגי במטבע לפלוגי בפי' אלא ע"כ ס"ל כל המטלטלין נעשו חליפין לקנות את שכנגדן ובמטבע לחודא פליגי. — והקשו בתוס' היכי פליג ר"כ על רב ולוי — והנה לפי המסקנא והאמת דכשם שאינה נעשה כן נמי לא נקנית לק"מ דלעולם מטבע לא הוי כלי ולר"כ מש"ה נקטו מטבע משום שהיא אינה נקנית משא"כ שאר פרי אלא דלפי הה"א של ר"פ קשה קו' התוס' איך עלה כן על דעתו דאם כן לא יהי' ר"כ כרב ולוי — ונראה לי דרש"י ז"ל נשמר בלשונו מזו הקושי' במ"ש ע"כ ס"ל דכל המטלטלין נעשין חליפין לקנות את שכנגדן ואמאי לא כתב בקיצור דע"כ כר"פ ס"ל וע"כ צ"ל דלפמ"ש לעיל א"ש דהא מטבע אינה עושה חליפין משמע שום חליפין אינה עושה ואפי' חליפין ממש שוה בשוה לא וכן האמת. — וא"כ הא דר"כ שצריך כלי יש לספק אי דוקא בק"ס או אפשר אפי' בחליפין ממש וזה תלוי' אי ק"ס הוי רק ע"מ להקנות דאז מחלקין בין ק"ס לחליפין ממש ואמרינן דא"צ כלי וא"כ שפיר כי רש"י ז"ל דעכ"פ זאת מוכח בבירור מדנקטי מטבע ולא פירות דסברי כל מטלטלין קונין את שכנגדן דהיינו חליפין ממש ומש"ה נקטי מטבע דמטבע אפי' שכנגדו ממש דהיינו חליפין שוה בשוה לא קנה, אבל הא דע"כ כר"פ ס"ל לא מוכח דאם סברי ק"ס הוי רק קני ע"מ להקנות א"כ אפי' כר"כ א"ש דנקיט מטבע משום חליפין ממש דאף דמודה ר"כ בחליפין ממש דלא בעינן כלי מ"מ מטבע לא מהני ולא הי' מוכח דס"ל כר"פ אלא אי ק"ס אי חשש לא מפקינן וזו לא הי' פסיקי ליה לרש"י ז"ל השתא להה"א של ר"פ ומש"ה פי' דעכ"פ זאת מוכח דכל מטלטלין קונין בחליפין ממש דאל"כ אלא סברי כר"כ גם בהא א"כ אמאי נקטי מטבע וזה נכון מאוד:

והנה בטעמא דר"פ פרש"י ז"ל דדעתיה אצורתא והוי כדבר שאינו מסוים ושלם והקשו הראשונים דלפי טעם זה דהוי כאינו מסוים תינח הא דאינה קונה אבל מ"ט דאינה נקנית ובלענ"ד ברור בדעת רש"י דהוא סובר לדעת ר"פ שהוא סובר השתא כמו שאמר לקמן קודם שחזר בו דאף שאינה נעשית מ"מ היא ניקנית ומש"ה פרש"י כן לדעתו וכן פרש"י בהקוש' שהקשה מהא דהזהב קונה את הכסף דהזהב פי' מטבע של זהב וכ"ל דהקוש' היתה איך יקנה מטבע של זהב, ועיין בריטב"א שפי' הקוש' איך נקנה השל כסף וסובר ר"פ השתא לפי' הריטב"א כמו במסקנא שלו דאין המטבע נקנית, אבל רש"י ז"ל סובר דעתי' סובר כמו קודם שחזר בו ומש"ה פי' דהקוש' היתה איך קונה מטבע של זהב. ונראה לי דלשון הגמ' קשיתיה דאמר צורתא עבידי דבטילה ואי נימא כפי' הריטב"א שגם השתא סובר שאינה נקנית וא"כ ע"כ הוי טעמא דמילתא משום דהוי דבר שאין בו ממש ואין גופה ממון דמש"ה נמי לא נקנית וא"כ למ"ל דעבידי דבטילה הא אפי' לא בטילה לעולם מ"מ לא הוי אלא צורה ואין גופה ממון א"ו מדאמר כן מוכח דהשתא עדיין סובר דהיא נקנית ולא כאן טעם אלא שאין נעשה ולכך פרש"י כן אבל לפי המסקנא של ר"פ מודה רש"י ז"ל דהטעם לא הוי משום עבידי דבטילה אלא משום שאין גופה ממון גם מהא דפריך ר"פ מ"ט נמי מוכח כן דאי סובר אינה ניקנית הא ידע שפיר לתרץ דהוי אינה בעין וכמו שטר אלא ע"כ סובר השתא דנקנית אלא לא נעשה ולכך בעי מ"ט דע"כ לאו משום שאין בה ממש דא"כ אמאי נקנית אלא ע"כ טעם אחר יש כאן ומשני דעבידי דבטילה, אבל למסקנא צ"ל לשום טעם דהטעם משום דהוי כמו שטר וזהו הנלענ"ד ברור לדעת רש"י ז"ל:

והנה כ' הנמק"י דמש"ה אין מטבע נקנית ולא נעשה משום דהוי כשטרות שאין גופן ממון וקשה לי לפ"ז נימא נמי שאין מטבע נקנית בכסף כמו שטרות כמבואר בתוס' ב"ק י"ד וברש"י וכן בש"ך סי' ס"ו וא"כ מטבע נמי כיון שהוא רוצה לקנות את הצורה דהיינו השיווי שבה והיא אינה בעין וכ"ת דילמא א"כ שאין מטבע נקנית בכסף זה אינו דא"כ קשה מתניתין דתנן הכסף אינו קונה את הזהב וקא חשיב לה התנא בהדי מטלטלין שאינם נקנים בכסף וקתני עלה שעובר על מי שפרע וא"כ ע"כ הנה שמטבע אם קנה אותה בכסף עובר על מי שפרע וא"כ ע"כ דמה"ת כסף קנה אותה דאל"ה ליכא מי שפרע לר"י דליכא מ"ש אלא היכא דקנה מה"ת. — ואף שהר"מ כ' שאין במטבע שום קנין אלא אגב ומשמע שכן נמי בכסף אינה נקנית אין ראיה דהר"מ מדרבנן קאמר לה והא ראיה דקחשיב לה בהדי הני דאיכא מי שפרע וא"כ קשה, והי' נראה להביא ראיה מכאן להש"ך שסובר דאיכא מי שפרע גם בשטרות וכמו שהבאתי לעיל בשמו ולדידיה ניחא דאף דלא קני מה"ת איכא נמי מי שפרע, אבל להחולקים עליו קשה, וכן קשה גם להש"ך דלפ"ז מאי פריך ליה לר"ל ממתני' דמי שפרע הא קשה, ולטעמיך של ר"י איך אתה מתרץ לה למטבע דלא קנה מה"ת ומ"מ איכא מי שפרע. — ואפשר ליישב ג"כ קוש' זו לשי' ר"ה גאון ז"ל דכשם דהזהב הוי פרי לענין מו"מ שהוא קונה ומחייב את הכסף כן נמי לא מקרי מטבע לענין חליפין ואף שהוא טבוע קונה ונקנה בחליפין ועיין רי"ף ורמב"ן כאן ולשיטתו א"ש דכשם שנקנה בחליפין כן נמי נקנה מה"ת בכסף ואיכא מי שפרע ודו"ק בזה, אבל באמת כל הראשונים חולקין על ר"ה וא"כ קשה מה בין מטבע לשטרות.— ונראה לי דמש"ה קונה כסף את המטבע משום דאף דהוי כמו שטר מ"מ המטבע היא כאותו שטר שכתוב בו אני משתעבד לכל המוציאו ושטר זה נקנה בלא כתיבה אלא במסירה לחודא ונקנה גם בכסף והרמ"א כ' שנקנה גם בחליפין אלא דהש"ך חולק עליו והאחרונים הצדיקו את הרמ"א ז"ל וכתב הנתיבות וז"ל דהא ודאי במקום שמועיל שאר קנינים כגון משיכה והגבהה מהיכי תיתי יוגרע קנין חליפין כו' אבל שטר כזה דמהני שאר קנינים כו' דודאי גם חליפין מהני ביה עכ"ל. — ופליאה דעת ממני נשגבה הא דברי הש"ך צדקו מאוד ומה זו ראיה דשאר קנינים שייכים ביה ומטבע יוכיח דמהני בה שאר קנין ומ"מ חליפין לא וכמ"ש הנמק"י מש"ה גופה שאין גופה ממון והוי כמו אותיות וא"כ גם שטר זה לא עדיף ממטבע וכמ"ש הש"ך בשם בעל העיטור והרמב"ן ז"ל ולקמן נאמר יותר סברא זו, היוצא לנו מזה דמטבע וכן שטר כזה אינו נקנה בחליפין אבל בכסף הם נקנים וכדמוכח ממתניתין. — והנה הא דאין מטבע ניקנית בחליפין הי' אפשר לומר משום דחליפין הוי קנין גרוע וכן כתבו התוס' ב"ב ע"ו משא"כ שאר קנינים חשובים מהני בה, ולהסביר מאי גריעותא דחליפין כ' הש"מ ב"מ דהני תרי קנינים ק"ס ואג"ק הוי קנינים גרועים משום דהוי רק קנין ע"מ להקנות וכ' שם הש"מ דמש"ה לא מהני הני קנינים בע"ה אף דמהני בה שאר קנין כגון כסף, וא"כ אף במטבע י"ל האי טעמא, אלא דמ"מ אין זה טעם מספיק דהתינח לשי' הראשונים הנ"ל החולקים על ר"ח וסוברים דכל חליפין אפי' שוה בשוה אין קנין שלהם נעשה אלא ע"י ק"ס שבו דהיינו ע"מ להקנות וכמ"ש לעיל בשם הרשב"א אבל לר"ח והר"מ ז"ל תקשה אמאי לא מהני קנין חליפין ממש במטבע דהא אין זה קנין גרוע. — ועוד דלפ"ז תקשה אמאי מהני קנין אגב במטבע הא אגב הוי ג"כ קנין גרוע, ובנמק"י נתן טעם למה מטבע אין נעשה חליפין וכ' לחלק בין היכא שנתנה בתורת דמים שאז אין דעת של הלוקח אותה לדבר בעין אלא לשיווי שבה והוא הצורה ולכך קונה בה מה"ת אבל אם נתנה בחלופין דעתו על הבעין והיא הצורה ובאמת אינה בעין וע"ש, אבל מ"מ עדיין לא נדע אמאי לא נקנה היא בחליפין כמו שנקנית בכל קנין אחר וזהו לא ביארו לנו הראשונים ז"ל על בוריו ואשר ע"כ נ"ל ביאור הענין והיא פשוט דלא משכחת חליפין אלא לדבר בעין שהניחם בעין בשעה שהחליפו שיהי' זה יוצא מרשות וכשכנגדו נכנס תחתיו אבל כל שאין שאחד בעין לא שייך בו דין חליפין כלל שאין כאן דבר שנחלף ולכן במטבע שדעתו לא הוי על כסף אלא על הצורה דהיינו השיווי וזה אינו בעין ולא הוי כלל בגדר חליפין והיינו טעמא משום שאין צורת המטבע שיווי בעצם המטבע אלא עם שהתחייבות האדם הנושא ונותן בה דהיינו שכל אדם הוא מחויב ללוקחה בעד השוה שבה בגזירת המלך וכן כל אשר לו צריך ליתן בשיווי שלה כמו שהשוה וא"כ אין חיות למטבע אלא בתורת חיוב של דמים שחיוב זה מוטל אקרקפתא דגברא והוא נתחייב בדמים ובמטבע זו פורע א"ע אבל אם רוצה להחליף בה ודעתו על הצורה אין כאן שום דבר ממש שיחולו החלופין, ואף דמהני ק"ס על חיוב שיתחייב בה האדם גם כן וצריך לעשות ע"י ק"ס כל מה שנתחייב היינו משום דאז כן דעתו שע"י ק"ס יתחייב וישתעבד האדם אבל אם רוצה לקנות את המטבע אין דעתו על חיובו אלא על מטבע זו שיקנה אותו השיווי שבה וזהו אינה בגדר חליפין וזה ברור — ועיין לקמן לענין ט"ס:

דין ג.

אי הנאה הוי כלי.

כבר הבאתי לעיל מ"ש הר"ן בשם הר"ח שאם אמר הילך מנה לפלוני ויהא ככפי קנוים לך קני אף במטלטלין דהוי כלי עיין לעיל כלל א' דין ה' ובשם הרמב"ן שחולק וסובר דלא הוי רק כסף ולא כלי ועיין קצה"ח שתמה וכי הנאה זו חשובה יותר מפירי דלא מהני ולכך דוקא כלי ועוד דלרב לא מהני הנאה זו כלל, ולכאורה י"ל דכל שעושה חליפין ממש

ממה נ"ל כלי וכשיטת ר"ת והר"מ ואפשר שכן סובר הר"ח וכן מצאתי בנתיבות, אבל אין זה תירוץ מספיק, ואמנם לענ"ד לק"מ דהא חזינן בהאי גברא שהוא נותן מנה לזה בשביל הנאה זו שיקבל ממנו וא"כ חזינן ביה שהנאה זו שחבירו מקבל ממנו מנה היא חשובה לו יותר מהמנה וממילא שהיא חשובה לו יותר מכלי משא"כ לרב כשיתן המקנה כלי לקונה ע"מ להקנות וא"כ הא כי הדר דהנאה של מתנה ע"מ להחזיר לא הוי הנאה גמורה ומש"ה לא מהני, והיינו טעמא דכשהוא אינו נותן לו אלא ע"מ להחזיר א"כ לא מוכח דהנאה זו חשובה אצלו כ"כ דהא אינו נותן בשבילה באמת שום דבר דמה שנותן יחזיר לו זה המקבל וכיון דלא מוכחא מילתא לא הוי ההנאה יותר מפירי דלא מהני, אבל כשנותן לו באמת שלא ע"מ להחזיר א"כ מוכחא מילתא דחשובה ליה הנאה זו יותר מהחפץ או המנה שנותן בשביל הנאה זו ולכך מהני וזהו ברור — ובסברא זו יש ליישב מה שהקשיתי לעיל וכן הבאתי לעיל בשם שמחת יו"ט דע"ם מהנאה ממילא מלוה דמוכח בסוגי' לכאורה דלא הוי אלא מעות ולא כלי ועיין לעיל שם שהארכתי בזה — ולפמ"ש כאן א"ש דהנאה ממילא לא מוכח מילתא שחשיב הנאה זו חשובה יותר ממלוה עצמה ולא הוי כלי אלא מעות כמלוה עצמה משא"כ הנאה זו שאינו רוצה בו שהוא נותן את שלו בעבורה וא"כ מוכחא מילתא דיותר חשובה לו הנאה זו שהוא מקבל מתנה ממנו מכל מעותיו וזהו הנאה הוי יותר מכלי וזהו נכון מאוד, והנה גם הריטב"א כ' כן קדושין דף ז' דכל הנאה לא הוי אלא כפרוטה ולאו ככלי וכי הא דמש"ה לא מהני לרב כליו של מקנה ובהאי הנאה משום דהאי הנאה לא הוי אלא קבלת כסף ואכן חליפין בעינן — ולכאורה יש להקשות לפ"ז מהא דאמרי' מתנה ש"ח להיות כשואל ואמר ר"י בהאי הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה והתם ע"כ האי הנאה לא דמי רק כפרוטה דכהא דלא מהני שם אפי' אם נתן לו מעות בשביל השמירה מ"מ לא מהני שישעבד נפשיה אם לא בהאי הנאה דהא גם ש"ש שמקבל מעות מ"מ לא הוי מהני אלא או לשואל בשקנו מידו או לר"י ובהאי הנאה דאי משום מעות שקיבל לא הוי אלא ש"ש ואי משום דשעבד נפשיה לא מהני כלום שיתחייב באונסין דהוי אסמכתא ובשכר אינו יכול לשעבד נפשיה יותר מהמוטל עליו בדברים לחודא, וא"כ ע"כ צ"ל דהאי הנאה הוי ככלי ובתורת ק"ס הוא נשתעבד :

אמנם הא הריטב"א הי' שם דהאי הנאה דמהימן ליה משוי ליה ערב דכמו הערב שנשתעבד משום דעל אמונתו הלוהו כן נמי זה כשקיבל עליו לחייב באונסין הוא מראה לנו דחשובה בעיניו הנאה זו ונעשה ערב דהא על אמונתו הוא מבטיח, עוד כ' הריטב"א הי' הזהב דהאי הנאה משוי ליה כשואל עצמו דכמו השואל מש"ה חייב משום דכל הנאה שלו וכן זה מראה לנו שחשובה בעיניו הנאה זו כאילו כל הנאה שלו כמו שואל והוי שואל יע"ש ולפ"ז א"ש, וסברא זו של הריטב"א הוא דאית לן מ"ש לעיל דמש"ה הוי הנאה כלי ומהני לק"ס משום שהיא חשובה ונותן מנה של עבורה כדלעיל. — ועיין קצה"ח סי' ס"ו ס"ק מ"ז דלפמ"ש הריטב"א הי' נסתרה קושיתו של מהרא"ם כמו שהביאו קצה"ח שם ודו"ק :

דין ד.

טובת הנאה שאלה ושכירות אי נקנים בק"ס.

הרמ"א פסק בסי' ר"ג דט"ה איכא נקנית בחליפין, והש"ך השיג עליו וכי דאף דקיי"ל ט"ה א"מ מ"מ נקנית בחליפין ואג"ק כדמוכח מהא דר"ג שהקנה התבואה להזקנים בקנין אג"ק כדאמרי' בסוגי' דקדושין ויש לי בזה להאריך קצת הנה התוס' בעירובין דף ל' הקשו למה לא הקנה ר"ג להם הקרקע בק"ס ולמה הי' לו ליקח מהם פרוטה והי' שם דכל דבר השוה לבעלים ואין לו בהם אלא ט"ה איכא נקנית בק"ס ולכך לא הי' יכול להקנות הקרקע בשאלה וק"ס ולכך ליקח פרוטה ולהשכירה להם, והנה דברי התוס' הללו ברור מללו שהם שיטת הרמ"א, וא"כ דין זה דאין ט"ה נקנית בק"ס מוכח מכח קושי' התוס'. — והר"מ פסק ג"כ ט"ה איכא ממון אבל מ"מ הוא חזר ופסק בהאי מעשר שיכול להקנות תרומות ומעשר אג"ק וכן בחליפין הי' מהני אלא משום דכתיב בהו נתינה וחליפין דרך מ"מ הם וזהו לכאורה שיטת הש"ך ודלא כהרמ"א, הן אמת דעל שיטת התוס' והרמ"א ודאי דקשה קושי' הש"ך דהא אמרי' בב"מ דקנין של אג"ק ושל ק"ס שוים הם לענין זה ואם ט"ה לא נקנית בק"ס כן נמי באג"ק לא, וא"כ קשה האיך אמר הסוגיא דקדושין דר"ג באג"ק הקנה להם הא קשה קושי' התוס' למה לא הקנה להם הקרקע בשאלה וק"ס אלא ודאי דט"ה לא נקנית בק"ס וא"כ כמו דלא נקנית בק"ס כן נמי באג"ק לא — ובש"מ שם אהא דאמר הגמ' ולא היה מתנות כהונה נתינה בהו וחליפין דרך מ"מ כי הש"י ולא הי' מכאן אין ראיה וכי הש"מ בכוונתו דרק מכאן אין ראיה וקיים שם בש"מ דאולי הי' לו לרש"י איזה בקיאות דט"ה לא נקנית בחליפין ע"ש, וקשה מאוד על השיטה הא ממקומו הוא מוכרח דט"ה לא נקנית בק"ס דאף דר"ג לא הי' יכול להקנות התבואה בק"ס משום דכתיבה נתינה מ"מ הקרקע הא הי' יכול להשאיל ולהקנות בק"ס וכמ"ש התוס' וא"כ מה צורך לבקיאות ממקום אחר יש כאן ול"ע, אלא דסוף סוף קשה מה שהקשיתי דכיון שמוכח עכ"פ דט"ה לא נקנית בק"ס א"כ גם באג"ק לא יקנה דהא מסברא זו דק"ס ואג"ק שוים הם לענין זה לא כפלה הגמ' גם למסקנא ולע"ג: אחר ע"כ נלענ"ד ליישב הכל בס"ד בדרך אמת דלכאורה יש לראות בהא דמדמה הש"ס קנין אג"ק לק"ס לענין זה ושאם ק"ס לא קנה בחליפין גם אג"ק לא קנה וקשה הא אין לדמות זה לזה דבשלמא חליפין לא קנה משום דאף דט"ה הוי ממון מ"מ אין גופו ממון דהיינו שאין ממון של הט"ה יוצא מגוף התבואה דאין לו לבעליו בתרומה זו שום ממון בעין והט"ה הוא ממילא דאתי מעלמא ומש"ה איכא נקנית בחליפין משום דחליפין צריך שיהי' ממון בעין וכמ"ש לעיל בטעמא דמטבע דאף דהוי ממון מ"מ אין גופה ממון והוי כשטרות וכמ"ש הנמוק"י מה שאין כן באג"ק אמאי דהקנה הט"ה כמו מטבע דאף דבחליפין לא קנה קנה באג"ק וא"כ האיך יליף לה רבא לקנין אג"ק מק"ס :

אמנם כ"ז הי' ניחא לאמר אם הי' הישראל מקנה לחבירו רק הט"ה שיש לו בתרומה זו או בדוגמא שכתבו התוס' שמקנה לו קרקע או דבר אחר בשאלה באופן שאין המקנה מקנה לו אלא הט"ה של החפץ ואז ודאי יש לחלק דבק"ס לא קני משום שאין גופה ממון ובאג"ק קנה, אבל אם הישראל נותן התבואה של תרומה לכהן א"כ שפיר הי' יכול הכהן לקנות אותה התבואה ע"י סודר שלו דהא לא את הט"ה לחודא הוא קונה ומחליף כדי שנאמר שאין גופה ממון אלא עיקר התבואה הא הכהן קונה אותה עתה כנגד שאר הכהנים והוא יכול לקנות ע"י ק"ס תבואה זו כמו שאר תבואה דאף שאין לו בה לר"ג כלום אלא ט"ה מ"מ הא מהני ק"ס של הזקנים לקנות התבואה וחליפין גמורין הוי ותו אין לשאר כהנים בה כלום וממילא דקיים ר"ג מצות נתינה, וזהו הקושי' שהקשה רבא הוא שפיר ידע דט"ה א"א להקנות בק"ס כדמוכח מקושי' התוס' מהא דלא הקנה להם ר"ג הקרקע בשאלה וק"ס, אבל מ"מ הקשה דאמאי לא הקנה התבואה עצמה בק"ס כדי שיקנה ר"ג את התבואה כנגד שאר הכהנים והיא הא הוי דבר בעין וגופה ממון ואף דליכא דעת מקנה הא כיון דט"ה הוי ממון א"כ הוי של ר"ג לענין זה שהוא יכול להקנותה דכן הי' סובר עתה ט"ה ממון וכמ"ש בש"מ שם וכן ביארנו לקמן בדיני חלק, וא"כ אמאי לא הקנה התבואה בק"ס הא אין כאן שום חסרון אלא ודאי ע"כ ס"ט משום דאף דט"ה ממון הוי מ"מ הוי ממון קל דהיינו משום שאין לו לר"ג בה אלא ט"ה ליכא דעת מקנה טוב ולקנין סודר צריך דעת מקנה טובה דהיינו שיהי' ממון שלו לגמרי ואל"ה לא מהני להקנותה בק"ס משום דהוא קנין גרוע וכמ"ש הש"מ וצריך דעת מקנה טובה וט"ה הוי ממון קל של ר"ג בה וא"כ מש"ה גם באג"ק לא מהני מקנה מה"ט גופה דגם באג"ק צריך דעת מקנה טוב שגם אג"ק הוי קנין גרוע, וע"ז אמר ולא הי' דמכאן אין ראי' דאף שהי' ר"ג יכול להקנות את התבואה דהוי שפיר דעת מקנה בט"ה וגם מצד החליפין ליכא גריעותא דהא התבואה גופה הוי ממון בעין ושפיר היו יכולין לקנותה ע"י ק"ס אלא דכתיבה נתינה בהו אבל באג"ק יכול להקנותה — ונמצא עתה לדינא לפי המסקנא דודאי ט"ה לחודא או חפץ בשאלה אין קונין בק"ס וכדמוכח מהא דר"ג מכח קו' התוס' וגם באג"ק אין קונה ט"ה לחודא אבל תרומות ומעשרות שפיר קנה באג"ק דאף בק"ס הי' נקנה דליכא חסרון מצד החליפין כיון שהתבואה הוא מקנה וא"ש פסק הר"מ ז"ל וגם דברי הרמ"א צדקו מאוד שהוא לא דיבר אלא במקנה ט"ה לחודא וזהו ודאי שאיכא נקנית בק"ס דהא לא הוי בגדר חליפין שאין גופה ממון אפי' אי ט"ה הוי ממון ולא כהש"ך — אלא דהר"מ ז"ל סובר ט"ה א"מ ומ"מ פוסק דהתבואה יכול להקנות לכהן ובארנו דבריו א"ש בסוגי' דט"ה על נכון אבל ט"ה לחודא לא קנו כלל — ועיין עוד באג"ק ובשאר השכירה מ"ש :

והנה מתנה ע"מ להחזיר שכ' שם התוס' דלא מהני ק"ס הייכו משום שהם סוברים דכל מתנה ע"מ להחזיר הוי רק מתנה לזמן אבל הרא"ש וכן קיי"ל דמתנה ע"מ להחזיר הוי קנין עולמית וצריך הקנאה כשמחזיר ומהני בה ג"כ ק"ס ולכן הרמ"א לא הביאו ועיין קצה"ח כאן ובסי' רמ"א — ושאלה הביא הטור דלא מהני ק"ס אבל שכירות לא הביא, ואפשר דלדעת הרא"ש כתובות ק"ג וב"מ כ"ו דשכירות ליומא ממכר הוא אפשר דמהני והתוס' לשיטתם דהם סברו דלא אמרי' ממכר הוא אלא לענין אונאה ומ"מ צ"ע :

והנה הקצה"ח הקשה מהא דק"ס השואל גבי משאיל כלי בטובו דהא מוכח כשקנו מידו מהני וצריך המשאיל להחזירה וא"כ מוכח דלשאלה מהני ק"ס ועיין נתיבות שמחלק בין תשמיש דקרקע לתשמיש של מטלטלין דהייכו תשמיש של ר"ג בקרקע שאין התשמיש בגוף הקרקע משא"כ מטלטלין שהתשמיש בגופן ע"ש ואין דברי התוס' בעירובין מראין כן — ולפענ"ד נראה ליישב בדרך הפשוט ע"פ מ"ש הריטב"א קדושין מ"ז על הא דאר"ם המשאיל קרדום לחבירו בוקע בה קנאה והקשה שם אמאי לא קנאה בשאילה הא שאלה ליומא ממכר הוא ותי' דלא מהני

באמת משיכה לשאלה משום דלא קני לה לגופה והא דקני משיכה בשאלה לדידן היינו מדרבנן דתקנו כן בכל שוכרים עי"ש והנה לפ"ז הי' הדין שלא יועיל כמי משיכה בשאלה כלל מהאי טעמא גופא שכ' התוס' בק"ס, אלא דא"כ הי' המשאיל יכול לחזור בו בשאלי יום דליכא שום קנין ולכך תיקנו חז"ל משיכה ואמנם אחר שתיקנו משיכה בשאלת מטלטלין וא"כ ע"כ הם אמרו דשאלה זו הוי כמכירה וכקונה גוף החפץ וא"כ מהני תו גם ק"ס דמ"מ ק"ס שהוא קנין חזק ממשיכה וכמו שמועיל משיכה אף שלא הי' מועלת ג"כ בק"ס כן נמי ק"ס מהני, אבל בשאלת קרקע לא מהני אפי' מדרבנן דהם לא תיקנו כלום, ועוד דהא מה"ת עכ"פ לא מהני וא"כ לא מהני להא דר"ג וזה ברור למבין — ואמנם מה שהקשה הקצה"ח מהש"ס דגיטין ואי לק"מ דאף שחוזרת ביובל ואין לו בה אלא ק"פ מ"מ מי לא הוי קנין קרקע לפירות בהא כקנין הגוף דהא הפירות מגופה של קרקע יוצאים ושאני תשמיש של ר"ג וכן תשמיש של כלי כמי שאינם דבר היוצא מגופו וכמ"ש הריטב"א הנזכר לחלק בין קרקע לפירות שקונה הגוף לפירות משום שיוצאים מגופה, והנה בעלמא לפי דעת הקצה"ח הכי לא מהני חזקה לקרקע שחוזרת ביובל אלא ודאי משום שקונה הגוף לפירות :

אמנם מה שהקשה הקצה"ח ז"ל מהא דבי גורגתא ככי ואזיל ופרש"י ז"ל וצריך למקני מיניה מעיקרא ואי לא קני מיניה דיבורא בעלמא א"ל ומצי לאהדר ביה עכ"ל, ובש"ע הקשה ג"כ הא שאלת קרקע לא נקנה אלא בחזקה או בשטר עי"ש והנה השטה סוברת דשאלת קרקע לא נקנה בק"ס, ונלענ"ד ליישב הדבר דהנה ודאי אי יעשה קנין חזקה לא יועיל כלום דהא מה שמוסר כאן בקרקע זו אינו מועיל לו לקרקע אחרת וכמ"ש גם בקצה"ח וא"כ המשאיל יחזור בו, אלא נראה דכיון שקנו מיניה בק"ס אף שלא מהני לקנות את הקרקע בקנין זה מ"מ נשתעבד זה המשאיל ועל גופו חל הקנין שלא יחזור בו דהא אדם נשתעבד בק"ס לכל מה שמקבל עליו וא"כ שאסור לחזור בו אף שלא קנה הקרקע מ"מ ילך ויחפור קרקע אחרת ויקנה אותה בחזקה אבל אי לא קנו מידו אם יחפור בזו לא יקנה האחרת ועד שיכלה לחפור באחרת יחזור בו המשאיל אבל אחר הקנין לא מצי לחזור דהא גופו נשתעבד לכך ונתחייב, והא דלא חילקתי כן לעיל גבי משאיל בעודו היינו משום דהתם לא השאיל לו אלא חפץ זה ואם יאבד או ישתבר אינו מחויב להשאיל לו אחרת וא"כ לא קיבל עליו אחריות וכל שלא קיבל עליו אחריות ליכא שיעבוד הגוף כלל דלא חל שיעבוד הגוף בלא אחריות וכמ"ש מהרי"ט הובא בקצה"ח ר"ג ס"ק ב' דהיכא דאין בחיוב אחריות לא הוי חיוב כלל ועי"ש עוד בקצה"ח שם שמיישב בסברא זו מה שהקשה הרשב"א על הרמב"ן שסובר בלוה שכ' שט"ח למלוה שהלוה מחויב להלוות לו וקשה מהא דאמרי' בקידושין מ"ז דאמרי' מלוה איתא ברשות בעלים לחזרה וא"כ מוכח דיכול לחזור אפי' כבר בידו דודאי נשתעבדו נכסי לוה וכ' הקצה"ח ז"ל דכיון דלא הלוה לו אלא מעות מיוחדים הללו ואם נאבדו אין המלוה מחויב להלוות לו אחרים וא"כ ליכא אחריות על גופו וכל דליכא אחריות על גופו ליכא שיעבוד הגוף כלל, ומעות אינם נקנים בחליפין, אבל כשכתב לו הלוה שט"ח המלוה ג"כ נשתעבד לו ללוות וקנה בחליפין שחייב ללוות לו ע"ש כי הוא מתוק מדבש, ומעתה לפ"ז במשאיל בעודו ג"כ ליכא בקנין זה אחריות על גופו אבל בהא דגורגתא שהשבעים לו כל קרקעותיו ואם לא ימלא בקרקע זו יחפור אחרת וא"כ איכא כאן חיוב אחריות ונשתעבד גופו ומהני דלא מצי מהדר ביה והלה יחפור לו אחרת ויקנה אותה בחזקה ולק"מ לא קו' הקצה"ח ולא של הש"ע והוא דבר אמת בס"ד.— והנה אי אדם נתחייב ע"י ק"ס שקנו ממנו ללוות לחבירו מנה כהא דלהרמב"ן חייב ללוות וגם הרשב"א אפשר דמודה בזה דהא קנו מידו, ונראה דתלי' בהכי פלוגתא הגאון קצה"ח על הרמב"ן דבסי' ל"ט סק"ח כ' הקצה"ח דעכ"פ חייב להרמב"ן משום שכשקנה השיעבוד ע"י השטר מיד נתחייב ללוות כמו שאם קנה קרקע ועשה בה חזקה או שטר מיד נתחייב הוא בדמי הקרקע כן נמי מי שעשה קנין בשיעבוד חייב בדמי השיעבוד והיינו ללוות לו, אבל לא מטעם קנין א"כ אפשר דקנין סודר לא מהני בחיוב זה ללוות, אבל לפמ"ש קצה"ח בסי' ר"ג שהטעם משום שקנה החיוב ללוות ע"י חליפין כמיד כשנקנה השיעבוד לו קנה חבירו חיוב ההלואה א"כ הה"ה בק"ס ודו"ק, ומהא דגורגתא דסוף פ' השואל ולפי מה שפרשתי מוכח דמהני ק"ס לחיוב הלואה ובלאו הכי נמי מוכח דע"כ מחויב של שאלה ודו"ק :

ומ"מ נראה שאין זה מוסכם מכל הראשונים דהנה מצאתי להרשב"א בגיטין כ"ה הזורק גבי הא דאמר רבא תיעול ותפתח שסובר הרשב"א דמהני ק"ס לשאלת קרקע ולא כתוס'.— שהקשה שם אמאי לא תקנה לה את החצר בק"ס והוא סובר לקמן שם כפי' ר"ת שלא כתבו לה במתנה אלא בשאלה וא"כ הא לא היתה קונה בק"ס אלא וודאי שהוא סובר דמהני ק"ס לשאלת קרקע.— וכן מבואר שם בר"ן שכ' דהא דאמר רבא בחזקה ה"ה בחליפין ולפמ"ש שם הר"ן דמיירי מחצרו של השליח א"כ וודאי דלא"ש רבא שיתנו לה חצרו של שליח במתנה לגמרי אלא וודאי בשאלה וא"כ גם הר"ן סובר דמהני חליפין לשאלת קרקע.— באופן שהיא פלוגתת הראשונים על התוס' הנ"ל וא"כ בגט אם שאל לה חצר והקנה לה בק"ס הוי ספק מגורשת ולהומרא כן נראה לי.— ועיין לקמן דין ה' מ"ש בשם הנתיבות ע"ש.— ועיין לקמן כלל ה' דין ה' מ"ש להרשב"א ע"ש:

דין ה.

אדם משעבד גופו בק"ס.

כבר נתבאר לעיל דאדם יכול להתחייב עצמו ולהשתעבד נכסיו לכל מה שהותנה ע"י שקונין מידו בק"ס ואפי' לא הי' חייב.— ונראה שיש להטעים כן במשנתינו דכל הנעשה דמים כו' נתחייב זה בחליפיו וקשה למה לא נקיט פשוט כיון שזכה זה נקנו חליפיו לזה וכן דקדק הרשב"א. ונראה דהנה בטור כ' שאם הי' המקח בדמים שמשך הלוקח נתחייב בדמיו אבל אם ייחד לו מעות והיא בתורת חליפין ואמר לו באילו כיון שאם אבדו אינו חייב באחריותן ליתן לו אחרים לא סמכא דעתו של מוכר ול"ק הלוקח ואפי' משך את החפץ.— והקשה בסמ"ע הא גם במחליף פרה בשור אין הלה חייב באחריות השור ומ"מ קנה במשיכת הפרה.— ובקצה"ח תי' בזה תי' נכון והאמת והמורה מדבריו דבכל מו"מ לא קנה הלוקח אפי' משך אלא באופן שהמוכר ג"כ בטוח על מעותיו והבטחון הוא בא' משני פנים או אם תורת דמים אז יש לו למוכר שעבוד הגוף ושיעבוד נכסין על הלוקח ואם היא תורת חליפין דאז ליכא שיעבוד הגוף דכל דליכא אחריות גם שעבוד ליכא וכמ"ש מהרי"ט וכיון שייחד לו המעות וליכא חיוב אחריות ליכא שיעבוד אלא דאז קנה המוכר את החפץ אם הוא חפץ אבל אם ייחד מעות ליכא לא שיעבוד הגוף ולא קנין המעות דהא מטבע לא נקנית בחליפין וליכא חיוב אחריות דהא ייחד אילו דוקא וא"כ גם שיעבוד גוף ליכא ולא סמכא דעת של מוכר כלל וזהו דעת הטור ברור, ובזה יש ליישב לשון המשנה אי גרסי' זה ומשמע' דאף שזה נתחייב באחריות הפרה ולא הולך מ"מ סמכא דעתו וקנה, ואי ל"ג זה משמע' אפי' אם לא ייחד שום פרה אלא נקט על עצמו שיתן לו פרה כזו או כזו דאז יש כאן אחריות ונשתעבד גופו ואמר הפרה נתחייב בחליפיו ע"י קנין שעשה ומש"ה לא קתני זכה או קנה זה דאפי' בתורת חיוב דליכא כאן חפץ מיוחד שיקנה מ"מ נתחייב בק"ס וזהו נכון :

וראיתי בנתיבות שכ' דהא דקתני זכה זה היינו משום דל"ל דווקא משיכה בחפץ עצמו אלא אם הקנה לו את השור ע"י ק"ס או קנין אגב מעילא קנה בעל השור את חליפיו דכעשה מ"מ השור קנין סודר וקנה את שכנגדו.— ולפמ"ש לעיל בשם התוס' דכל דבר שאינו קונה לגופו אלא לתשמיש לא מהני ק"ס וא"כ שור זה ג"כ לא נקנה אלא כדי להקנות את שכנגדו ולא נקנה השור ע"י ק"ס אבל באגב מהני כמ"ש הנתיבות:

והנה הנמק"י כתב על הא דאמרינן נקנה הכסף כמות שהיא שצריך ליתן לו כמו שהותנה עמו חדשים או ישנים וכ' בשם הר"ח שגם במטלטלין הדין כן שאם משך חפץ והבטיח ליתן לו חיטים חדשים צריך ליתן לו כן ע"כ. והקשו האחרונים מהא שכ' הראשונים בע"ז ס"ג דמי שכר פועל והבטיח ליתן חפץ בשכרו א"צ ליתן לו אלא דמיו שהא"ל ולא חפץ. ובקצה"ח מחלק דהם לא הוי השכירות אלא מעות ואינם קונים ולא מחייבים וזהו דין הראשונים בשוכר את הפועל משא"כ משך חפץ או אפי' פירות דהוי מדין חליפין ואף דפי' אינם עושים חליפין מ"מ חיוב על גופו עושים וע"ש דלענ"ד הוא פלא מ"ש הגאון ז"ל דע"י חלופין של פי' נתחייב גופו הא נעל כתיב ופי' אינם עושים ק"ס כלל ולענ"ד.— ובעיקר הקושי' על הנמק"י נ"ל דלק"מ ושיטת הנמק"י והראשונים הנ"ל דבר אחד אמרו וכמו שאבאר, הנה אי יש כאן חפץ מיוחד שיחול עליו הקנין של הקנין ואי ליכא חפץ מיוחד אז א"א שיחול שום קנין אבל אפשר ע"י ק"ס או ע"י מעות מה"ת שיחול חיוב ושיעבוד על גופו ועל נכסיו וזהו מבואר, אבל מה שאנו מחדשין עתה הוא שלעולם לא שייך שיעבוד הגוף על חפץ מיוחד שיתחייב גופו ליתן דוקא חפץ זה שהבטיח וזהו דבר שא"א לאמרו כלל דהא שיעבוד הגוף על גופו ועל כל נכסיו הוא חל ובאחריות כמ"ש לעיל בשם מהרי"ט וא"כ איך נכריח אותו שיתן חפץ זה אם לא נתייחד החפץ ונקנה, ומה שהב"ד עושין אם נשתעבד גופו על חפץ ויש כאן אחריות היא שהב"ד יורדין לנכסיו וגובין ממנו דמים עד כדי שווי החפץ שהבטיח וכל ההפסד דאין לב"ד על זה הגוף אלא דין ממון אבל להכריחו שיתן דוקא חפץ זה עצמו א"א דהא ע"ז לא שייך שיעבוד נכסין וכל שאין כאן שיעבוד נכסין אף שיעבוד הגוף ליכא, ומעתה הנה הנמק"י איירי דכסף שאם משך הזהב נתחייב גופו ליתן כמו שהותנה מהדמים כן נמי אם הבטיח ליתן עבור הזהב חיטים חדשים או ישנים ג"כ נתחייב גופו לכך וצריך ליתן כמו שהותנה ואין יכול לטעון שהחטים החדשים או הישנים טובים ממה שהותנה אלא מחויב ליתן כמו שנתחייב וכמו שהותנה, אבל מ"מ בזה החיוב עדיין לא קנה הלה את החטים לא מבעיא אם לא נתייחדו ודאי דלא דהא לא נקנו ואין כאן שום קנין אלא חיוב ואפי' הי' לו חטין אלו שהותנה ליתן מ"מ כל שלא בתורת חליפין אלא בתורת דמים לא קנה דליכא כאן קנין רק חיובא

מיובא איכא והוא הייב ליתן לו כמו שהותנה ושאם לא יצלח ב״ד יורדין לנכסיו וגובין ממנו עד כדי דמיהן של השיעים שהותנה וכל השולאות השייכים לזה.— וזהו שאמר הנמקי׳ שאם משך השפן הייכו משום שאם לקח מעות לא נתחייב כלום דהא כרבנן עיקרו קנין מעות אבל אם משך השפן בתורת דמים לא בתורת חליפין אלא שהייב א״ע ליתן מעים אדמים בדמי השפן לכיך ליתן כמו שהותנה דמ״ל מיעין מ״ל דמים שאם מכר השפן בכך וכך עידות מיעין לכיך לקיים כמו שהותנה אבל לא קנה כלום. וכן כתבו הראשונים בשוכר את הפועל שאם הותנה השפן זה בשכרו אף שנתחייב גופו בדיבור בעלמא דשכירות נקנית בדיבור מ״מ השפן לא קנה דאף שנתחייב גופו מ״מ לא קנה דהא שהשכירות נקנה בדיבור הייכו חיוב דמים איכא על השוכר ושיעבוד גופו לשלם אבל עכ״ז לא נקנה השפן בלא משיכה והכה דבר אחד עם הנימוקי׳ וליכא שום קושי׳ וזהו ברור ואמת למבין.— היוצא לנו מכל מ״ם שהא שאדם נשתעבד ע״י ק״ם אבל ודאי שלכיך כני אבל בפי׳ ליכא שום קנין ולא נתחייב בתורת חליפין אלא בתורת דמים ולכיך לקיים כמו שהותנה אף דלא קנה מה שהותנה מ״מ חיובא איכא ויורדין לנכסיו וגובין ממנו דמים עד שיוכל לקנות מה שהותנה, ובשוכר ג״כ נתחייב כן במה שהותנה אבל לא קנה ודו״ק:

דין ו.

קונין שלא בפני הקונה וצריך לזכות לו הסודר וגם שליחות.

כתבו התוס׳ קדושין כ״ח שמעשים בכל יום שקונין שלא בפני הקונה ותמהו על הר׳ שמעי׳ שר״ל שאין קונין בסודר שלא בפני הקונה והרמב״ן בחמו׳ כי דהא שהעדים קונין מן המקנה בסודר שלהם אף דבעינן כלי של קונה העדים מזכים סודר שלהם לקונה ע״י המקנה וזכה ג״כ לעצמו מן הקונה והכי הקניכים באים כאחד וכן כי הטור אה״ע סי׳ ק״ד אם הסופר הוא שליח לגרש ע״ש.— ויש לשאול למה שהקפידו דוקא בזה האופן ולמה לא סגי שיתנו העדים סודר שלהם ויהי׳ שקנין משום דין של ע״כ.— וכן מלאתי באמת להקה״ח שהי׳ כן וסובר דמהני בחליפין דין ע״כ וכן כי במח״א. ולעד״נ שיפה כח הראשונים ז״ל וטעמא כהם יש בדבר דלא מהני בק״ם דין ע״כ כלל, ותחילה יש לנו לבאר איך מהני דין זה של ע״כ באשה ושדה דאיך מהני מה שאחר כותן וזה יזכה דא״ל שזה שכותן המעות הוא מזכה אותם להקונה ע״י המוכר וכמ״ש הרמב״ן בק״ם זה איכו בכוונת רבא שאמר דין של ע״כ באשה ושדה דאי לזה נתכוין א״כ לא הי׳ לכיך להביא כן מע״כ שה זהו מדין זכייה הוי אלא ודאי שהוא מדין ע״כ לא מדין זכייה דהא בע״כ ליכא זכייה כלל דא״א לזכות הממון לעבד כלל, ואף שהטור כי בסי׳ ק״ץ שלכיך שיהיה שכותן שלוחו וכן הרש״י מ״מ כלאה ברור דעיקר הקנין לאו משום שליחות נעשה דהא בע״כ לא שייך דין שליחות דהא לכ״מ וכן קי״ל מהני בע״כ אפי׳ בע״כ וא״כ לא שליחות הוי אלא משום שאמירה הוא שלכיך לומר בקידושין וכן בקנין לכיך אמירה שיקנה אבל לנתינת המעות ל״ל שליחות ואה דלא מהני בקרקע אף שאיכו כאן משום זכייה ולכיך דוקא שיהי׳ שלוחו וכן הקשה השמ״א ולעי״ד לק״מ דודאי הי׳ מהני משום זכיה אלא דמשכחת לה באופן דליכא זכיה דאפשר שאיכו רוצה בהחזיק לו טובה או שהוא יחזיר לו אח״כ המעות ומ״מ אין אכו דכין עתה אלא אם נעשה עתה קנין כסף בכסף זה שכתן האחר וא״כ ודאי לכיך שיהי׳ הקונה כאן או שיאמר לשלוחו, ועוד שלכיך דעתו דבלא דעת לא מהני אבל עיקר הקנין לא מטעם שליחות כדמוכח מע״כ עלמו, אבל כלאה דהא דמהני דין ע״כ ה״ע כיון שזה כתן בשביל העבד הרי העבד גרם נתינה זו והוי כאילו כתן העבד עלמו דא״ל שיהי׳ כסף משל קונה אלא שיהי׳ הנאה זו באה לו ע״י הקונה ושיהי׳ הוא הגורם, ומעתה כלאה דדין זה לא שייך אלא בקנין שדה או אשה שהוא קנין כסף ובקנין כסף מעשה הרעון הוא עושה הקנין וכל שנפרע זה מגרמתו של קונה הרי נעשה עכ״פ מעשה הרעון והשיר קנה מטא״כ בק״ם לכיך דוקא כלי של קונה והש״ע משום דק״ם הקנין נעשה ע״י שנחלף זה בזה וכשזה יולא מרשותו בזו הרגע שהכנגדו בא לרשותו ומעשה המשיכה הוא שעושה הקנין דהשתא לה כאילו משך גם שהיכו משום שהשזה כמשך ובא לרשותו של זה הרי זה יולא מרשותו של מושך ונכנס לרשותו של האחר וא״כ ע״כ לכיך להיותה ממש כלי של קונה כדי שאם יולא הכלי מרשותו נכנס חליפי הכלי בתולאה זו לרשותו של קונה ומש״ה לריכין העדים דוקא לזכות סודר שלהם שאם יתנו שלהם אף דלעכין כסף הוי כאילו כתן הקונה מ״מ הא לאו שלו הוא אלא של העדים וכשיכנסו החליפין תחת הכלי יכנסו לרשות העדים בעלי הסודר כי כן טבע החליפין זה יולא מרשות וזה נכנס תחתיו לרשות זה עלמו שילא הכלי ממנו ומש״ה כתבו הראשונים כן ולא מהני כאן דין של ע״כ אפי׳ למאן דסובר דמהני גם למטלטלין אלא היכא דהממון הוא בא רק לפרוע את מה שקנה וא״ל דוקא שיהי׳ יולא מרשות הקונה דמ״מ המוכר נפרע על ידו ומהני מטא״כ בק״ם וזה ברור ואמת:

והנה בהא דע״כ שאמר רבא כלאי׳ בס׳ שמחת יו״ט להגאון ר״ע אלגאזי ז״ל שהקשה דלדעת הרמב״ן והטור שכ״ל קשה אמאי הולכך רבא לומר דהאשה מקודשת מדין ע״כ הא בכה״ג הי׳ מקודשת מדין זכיה באופן זה שהאשה זכתה הכסף למקדש מהכותן וקנתה כמי להתקדש בהו והוי מעות של מקדש עלמו וצ״ל דין ע״כ וע״ש שר״ל דרבא אמר באמת מטעם זכיה וכאמור אלא שהביא דין ע״כ והייכו לרבנן דהא דבע״כ לא משכחת ע״י זכיה הוא רק לר״מ דיד עבד כיד רבו ממש וא״א שיזכה העבד כלל בלא רבו אבל לרבנן אפשר שיזכה העבד תחילה וא״כ לרבנן הא דמהני כסף של אחרים בע״כ אפשר לומר שהוא מטעם זכיה וזה שהידם רבא הוי באמת ע״י זכיה אלא דמ״מ הוי חידוש דמ״מ המקדש לא חסר ממולא ומהני ע״ש דף קס״ח ע״ב ולעי״ד זהו דוחק גדול דאיך אמר רבא דהמקדש לא קא חסר ולא מידי הא ודאי חסר כיון שהאשה זכתה בעבורו א״כ ממון שלו הוא וכן בע״כ וכי בשביל שבאו לו אוחן המעות ע״י שנתנו לו אחר במתנה ס״ה שלא יתנו לו לקדש או למכור עבורם הא קוף קוף שלו הם:

והנלע״ד דכל הקושי׳ של הגאון ז״ל לק״מ דרבא אליבא דר״מ אמר שאין העי״כ זוכה כלום ומ״מ מהני והא דלא אמר באשה פשוט ע״י זכיה משום שיש כ״מ כגון שאין המקדש כאן אלא שאמר לשליח זה שהוא רולה באשה זו והלך זה וכתן מעותיו וקידשה לפלוני ואח״כ כששמע המקדש הוא עומד ולווה שאין רולה במתנה זו של המעות רק בקידושין ובאשה הוא מתרלה דהשתא כמלא שאין זכיית האשה במעות בשביל המקדש כלום דהא לא רלה והוכיח סופו על תחלתו שהוא סוכא מתנות ולא הי׳ מקודשת אבל מדין של ע״כ היא מקודשת דכיון שהמקדש מרולה גם עתה בקידושין כמו קודם שהי׳ מקודשת אף שאיכו רולה במתנה דהא באמת לא זכתה לו האשה כלום ומ״מ מקודשת והוא יחזיר המעות לזה שכתן וקידם אם ירלה ומקודשת אף דלא חסר מידי הייכו אף שלא היו אותן המעות אז בשעת קידושין שלו מ״מ מקודשת מדין ע״כ דהא דע״כ יולא בע״כ של עבד הייכו משום דלאי בעי קנה ליה בע״כ מרבו ומש״ה לא בעי דעתו וזה החילוק שבין ע״כ לאשה דבאשה בעינן דעתו של מקדש ובעבד אפי׳ בלא דעת העבד יולא אבל לענין המעות שא״ל דוקא משלו אלא כל שהכותן נתנם בשבילו הוי כאילו הוא כתן משלו, והשתא זהו קמ״ל רבא שאם היא מרולה לקידושין אף שאיכו רולה בזכיה של הממון מקודשת מדין ע״כ דליכא זכיה ומ״מ יולא העבד וזה ברור מאוד:

והנה נתבאר שלכיך שיהיו העדים מזכים הסודר לקונה. וכלאה שלכיך ג״כ שיהיו העדים שלוחי של הקונה בנתינה זו כדכתיב וכתן לרעהו וא״כ גם במעשה הנתינה לכיך שיעשה או הוא או שלוחו וא״כ לכיך שיתן הוא עלמו או שלוחו סודר שלו לרעהו דהייכו שהמקנה עלמו ימשוך או שלוחו, ובקנין כסף הי׳ כלאה דל״ל לכ״ז דאפי׳ אם הככרי כתן כסף ואמר שיקנה אותו ישראל קנה ואף שהככרי איכו בגדר שליחות מ״מ הא שישראל נפרע וכן אם אמר המוכר תן פרוטה לככרי זה ג״כ קנה — אך זהו מה״ת אבל מדרבנן שעקרו קנין מעות כתב במח״א דדין זה תלי׳ במה שמפלגי הראשונים אי חשבינן ליה כשאמר תן לפלוני כאילו קיבל הוא עלמו את הכסף וכמ״ש התוס׳ פ׳ א״כ דף ע״א לענין ריבית דלפ״ז ל״ק דהא מעות אינם קונים ולפמ״ש הר״ן והריטב״א דלא חשיב כאילו קיבל את הכסף אלא בהאי הנאה דמהימן לא נעשה. ערב א״כ הנאה חשובה כלי ע״ש ועיין לעיל מ״ש בזה לדעת הר״ן וכן במ״ם שלי מעות קונות:

כתב הסמ״ע סי׳ קל״ו בשם מהרי״ו שאין קונין במתנה שלא בפני הקונה דאפשר שאיכו רולה במתנה משום שונא מתנות יחי׳ ולא הוי זכות ע״ש והוא תימא גדולה עד מאוד דהא כל זכין לאדם שלא בפניו במתנה נאמר וכן תמהו כל האחרונים, והנה גם על התוס׳ יש לתמוה כן שדחו הר׳ שמעי׳ ממעשים בכל יום שעושין ק״ם שלא בפני הקונה ולמה לא דחו פשוט דזכין לאדם שלא בפניו ולע״ג. — ולאומר הנושא כלאה לייסב ע״ד חידוד קלת וכאמר דהנה אם לוה שמקבל אח״כ שאיכו רולה הוזרת המתנה ולא אמרי׳ שמא השתא חזר בו וקודם לכן ודאי נתרלה אלא לא הוי שלו ואם קדם בעל חובו ולקח לא הוי שלו כמבואר.— והטעם בהא משום דאמרי׳ שמא הוא באמת מאותן אנשים אשר שונא מתנות וכמ״ש הרשב״א ב״ב קל״ח ע״ם, ולכאורה יש להקשות לפ״ז דמי שזוכה בחפץ שלו במתנה כאיש ע״י אחר ורולה הכותן עתה לחזור בו קודם שידע בה המקבל דאמרי׳ דלא מלי חוזר בו ואם אח״כ רלה בה המקבל מוליאין אותה בע״כ של כותן ואמאי הא כיון דאיכא עכ״ם מיעוטא שאינם רולים במתנה משום שונא מתנות יחי׳ כימא דילמא מתחילה לא רלה בה המקבל ורק עתה הוא רולה בה ומהני ביני וביני חזרת הכותן ואין לומר דהולכין אחר הרוב ורובם רולין הא אין הולכין בממון אחר הרוב לסוליא מיד שמוחזק מכח קמא וכיון דאיכא מיעוטא שאין רולין א״כ הוי כמחלה על מחלה ואין מוליאין, וע״כ ל״ל כיון שרולה בה המקבל עתה אמרי׳ איגלאי מילתא למפרע שהוא גם מתחלה רלה בה ומש״ה לא מהני חזרה של כותן, אלא דהא מילתא תלי׳ בדין ברירה ואכן הא קיי״ל אין ברירה בדאו׳, וכלאה דלפמ״ש הרשב״א דכל שאפשר לספקיים הדבר בעת שהוברר שיסול מאז והלאה בלא איגלאי מילתא למפרע ובלא ברירה אז אמרי׳

ג"כ איגלאי מילתא למפרע ולא תלי' בפלוגתא דברירה והא דאמרי' אין ברירה היינו באותן שהם לא נאמר בהם איגלאי מילתא למפרע לא מהני אפי' בעת שהוברר מכאן ולהבא וכן הם כל הברירות שבש"ס ועיין נתיבות סי' ס"א. — ומעתה לפי"ז הנה בשאר קניינים כגון משיכה או שטר בקרקע אם זכה אחד בעד חבירו בקנין כזה אז אפשר שיהיה קנין זה של בשעה שהוברר דהיינו כשאמר המקבל שרוצה במתנה ואפי' אם לא נאמר הוברר הדבר למפרע מ"מ מהני משיכה באופן הזה. בשלמא אז: או בשטר ולא נקנה השטר ומש"ה כשאמר המקבל שרוצה בה מהני אף שאז נקנה השטר וכלתה המשיכה מ"מ הי' אפשר עכ"פ להתקיים המשיכה והשטר אם לא הי' נקנה ומהני בזה כמי לומר איגלאי מילתא למפרע ומהני דכיון שהי' אפשר לקנות בזה מכאן ולהבא בעת שהוברר ולא מהני כמו מה שחזר הנותן ביני וביני דהא איגלאי מילתא למפרע אבל ק"ס שא"א לקנות בשום אופן אלא אי אמרי' בו למפרע דהא מיד הדרא סודר למרא וא"כ למאן דסובר אין ברירה וכן קי"ל לא מהני לקנות שלא בפניו ויכול הנותן לחזור בו כיון דאיגלאי מילתא ל"א ויש מיעוט הסוגא מתנות אמרי' שמא הוא מהמיעוט ואין הולכין בממון אחר הרוב להוציא והא דאיתא בגמ' זכין לאדם שלא בפניו היינו ע"י קנין אחר ומיושב הקש"ע. ומ"מ שיטה זו דהוי' היא כאשר כתבתי לעיל:

דין ז.

אי קונין בסודר שאול או גזול ואי הוי סודר קני ע"מ להקנות.

איתא במרדכי ס"פ הספינה דאין נקנין בסודר שאול משום שאינו יכול להקדישו ולא ליתנו במתנה והרמ"א כ' דכן נראה לו. ולכאורה הי' נראה בטעמא שהם סוברים דצריך שיתן הסודר לגמרי ואי חפץ לא מפקינן ליה ומש"ה לא מהני שאול אבל אי הי' הדין דלא הוי אלא קני ע"מ להקנות הי' מהני אף בשאול דהא שלו הוא לתשמישו ואין הסודר נפסד בכך.— וכן נראה מהש"ך פ' הזהב שכ' בשם הריטב"א דמהני ק"ס שאול וכן לקנין אגב וכ' הטעם שלו משום דלא הוי אלא קני ע"מ להקנות וא"כ הסוברים דלא מהני נראה דמשום שהם סוברים אי חפץ לא מפקינן. — שוב מצאתי בס' דברי אמת שתלה פלוגתייהו בהכי. — ובאמת שהמרדכי פ' הזהב כ' כן בשם ר"ע דאי חפץ לסודר לא מפקינן מיניה. אבל קשה לי לפי"ז על הרמ"א ז"ל שהוא הא כתב באותו סימן דכל סודר לא הוי אלא ע"מ להחזיר וא"כ אמאי פסק הוא דלא מהני בשאול וזה צ"ע.— והי' אפשר לתרץ ולומר דהרמ"א מכוין שינה לשון שכ' דהוי ע"מ להחזיר ולא נקיט ע"מ להקנות כדאמר בגמ' ואפשר שסובר דהוי ככל מתנה ע"מ להחזיר שצריך להיות של המקבל לגמרי על שעה זו וא"כ א"א לעשותו בשאול דהא אינו שלו, והריטב"א שחולק הוא סובר דאפי' מתנה ע"מ להחזיר לא הוי אלא ע"מ להקנות ולא הוי שלו כלל אפי' לזמן. אך אמנם לא נראה כן מהא דר"ן בנדרים שם שהוא אומר דלא הוי אלא ע"מ להקנות וא"כ מנ"ל להרמ"א דהוי מתנה ע"מ להחזיר וכן כ' שם הר"ן וז"ל דאע"ג דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה התם שאני שהרי הוא זוכה בה לשעתה ומשמש ממנה אבל הכא דלא אקני ליה לגבריה כי היכי דלזכי בהו כלל אלא כי היכי דליקני ליה לגבריה עכ"ל. — ומוכח מזה שגם ק"ס לא הוי מתנה כלל ואפי' לשעתו אלא קני ע"מ להקנות לחוד דהא ר"ן מדמי הך דהם לק"ס ואי נימא דק"ס הוי מתנה א"כ איך יליף מניה דקני ע"מ להקנות מהני א"ו דגם ק"ס לא הוי רק ע"מ להקנות. וא"כ קשה על הרמ"א. כיון דפסק כר"נ אמאי לא מהני בשאול. אשר ע"כ כלענ"ד בטעמו של הרמ"א שהוא סובר דאף שהק"ס לא הוי אלא ע"מ להקנות מ"מ צריך שיהיה שלו ממש לרגע של הקנין כמו מתנה ע"מ להחזיר אלא שיש חילוק ביניהם דהמתנה ע"מ להחזיר הוי שלו לשעתו לכל תשמישו והק"ס לא הוי שלו אלא כדי להקנות החליפין וכן שם בהך עובדא דבר בריה לא נתנה לבריה אלא כדי להקנות אבל זה ברור דצריך שיהי' שלו לגמרי לענין זה. — ולפי"ז אם נאנס בעודו בידו פטור דהא שלו הוי לאותו רגע דאף דבמתנה ע"מ להחזיר איכא מאן דמחייב באונסין היינו משום שצריך לקיים תנאי משא"כ כאן הא לא הותנה אלא דהוי שלו לשעתו וכל שלו פטור מאונסין. ולפי"ז שפיר פוסק הרמ"א דא"א לעשותו בשאול דהא שאול לא הוי שלו וחייב עליו באונסין והק"ס צריך להקנות לו שיהי' שלו לענין להקנות ופטור מאונסין, ואף דפוסק כר"נ דאי חפץ מפקינן מיניה מ"מ כל דהוי שלו לרגע זו תו א"א בשאול כן נראה לי ברור בטעמא דהנהו גאונים ז"ל ואף אי מפקינן מיניה בתפס מ"מ צריך שיהיה שלו לשעתו.— ויש לי להביא ראי' לסברא זו מק"ס גופא דלכאו' קשה לשי' הריטב"א בקדושין מ"ז והר"י הלוי בנמוקי' ב"מ רפ"ק דכל דבר שאין גופו ממש נקנה אלא לתשמיש לא מהני לי' משיכה ומחלק בין מתנה ע"מ להחזיר דהוי מתנה לשעתה ואינו חייב באונסין אבל כל שחייב באונסין כמו שאול לא מהני ליה משיכה א"כ קשה אמאי מהני משיכת הסודר לעשות קנין הא כיון שלא קני לי' לסודר כלל אלא לתשמיש של קנין א"כ לא מהני לו המשיכ' כלל ואם לא קנה ליה לסודר אפי' ע"מ להקנות ליכא קנין ומוכח מזה כר' אבי דאי חפץ לא מפקי' ולר"נ קשה אלא וודאי כמ"ש דהוי שלו לגמרי לרגע זו ואינו חייב עליו באונסין ומש"ה מהני משיכה דאף שלא קנה אלא ע"מ להקנות היינו דאי חפץ ליה לגמרי מפקי' מיניה אבל לאותו תשמיש של קנין לגמרי קנה ליה לשעתו והוי שלו.— ולכן כ' הרמ"א דהוי ע"מ להחזיר ולא נקיט ע"מ להקנות דמשמע דהוי שלו ע"מ להחזיר דאף דלא קני ממש במתנה ע"מ להחזיר דהוי שלו לכל מילי מ"מ הוי מתנה ממש לענין שיעשה הקנין. — שוב מצאתי כדברינו אלא ברא"ש ב"ב דף קל"ד סי' ל"ח ד"ה תנן הכי שם וז"ל אבל אם פי' דבריו אפי' נתן שלא ליתן ושלא למכור כו' הוי מתנה לאותו דבר וכן מוכח בנדרים כו' וכ"כ אמר קני דהא סודר קני ע"מ להקנות הוא וקני' עכ"ל. — וכל הרואה יראה בפירוש דעת הרא"ש דהוי מתנה לאותו דבר סובר כמ"ש דהוי שלו לגמרי לענין אותו תשמיש של קנין ואף דלא הוי שלו אלא לענין תשמיש זה מ"מ מיקרי מתנה. — וא"כ ממילא דאפי' לר"נ לא מהני שאול דהא השאול לא הוי שלו ולא יכול ליתנו במתנה אפי' במתנה כזאת כלל ועוד דהא זה פטור מאונסין וכמ"ש. — ועי"ש הדברים האלה ניחא לי ליישב קו' הרשב"א שם נדרים דף מ"ח ד"ה ועוד שם בסופו שהקשה בין לר"נ ובין לר"א מה ענין סודר לזה דדברים לחוד ודרכי הקנייה לחוד והניח הדבר בצ"ע. — ולפמ"ש א"ש דר"נ רצה להוכיח דהסודר אף שהוא קני ע"מ להקנות מ"מ ע"כ שלו הוי ממש לשעתו וזהו מוכח דאל"כ לא הי' יכול לעשות קנין דהא לא מהני משיכה א"ו דהוי שלו לגמרי לשעתו וא"כ כן נמי בהך דבריה דאף שלא נתן לו אלא ע"מ להקנותה מ"מ שלו הם לענין זה ויכול להקנותה שפיר ולק"מ.

והנה הא וודאי פשיטא לי דבסודר הגזול לא מהני ק"ס ולא מטעם מקח שנעשה באיסור דמש"ה הי' מהני וכמ"ש הש"ך סי' כ"ח.— אבל מ"מ לא מהני משום דאינו שלו וגרע משאול.— אבל נסתפקתי אם גזל סודר ונתייאשו הבעלים אי מהני הקנין אי נימא כיון דייאוש לחודא לא קנה ולא הוי שלו ואף דמהני שינוי רשות אחר ייאוש וקנה הלוקח וכל שקנה הלוקח גם הגזלן קנה וכמ"ש הרשב"א דמש"ה מהני ההקדש שהקדיש הגזלן אחר ייאוש משום שהקדישו וקנינו באים כאחד וכן כ' הש"ע שאם קידש אשה דמקודשת מה"ט דכשהיא קנאתו גם הוא קנה ובאים כאחד מ"מ יש להסתפק בזה דכיון דכל סודר לא הוי אלא קנין ע"מ להקנות א"כ לא מקרי שנוי רשות כלל דלא קנה ליה לחלוטין ולא קנה לא הקונה ולא הגזלן והוי אינו שלו ולא נעשה הקנין.— ואמנם לפמ"ש דאף למ"ד דהוי קני ע"מ להקנות מ"מ צריך שיהיה שלו לגמרי לשעתו הי' אפשר דהוי שינוי רשות וקנאו שניהם. — אך עדיין נראה דלא מהני כאן סברא זו של הרשב"א וה"מ כלל וטעמא רבה יש בדבר דבשלמא שם י"ל כן דהא כשקנה ההקדש או האשה קודם ונעשה שינוי רשות ובשינוי זו קונה אותה הגזלן דהא הוא עשה אותה השינוי ע"י שהוא נתנה וא"כ יכול להיות שאחר הקנין של הקדש ואשה קנה הגזלן למפרע, משא"כ בסודר הא לא קני אלא להקנות א"כ אם הוא קונה קודם לא מגזלן הוא קונה ולא יכול לעשות לו קנין:

ויש לי להביא ראיה דלא מהני ק"ס בסודר גזול ואפי' אחר ייאוש מהא דאמר רב בע"ז ע"א להנהו מוכרי יין שיקחו המעות קודם דאל"ה יהיו המעות דמי יין נסך. והקשה הש"ך סי' קנ"ב לשיטתי' ר"ת דמהני חליפין בנכרי א"כ קשה אמאי לא אמר רב שיעשו עמהם קנין סודר וע"ש ואי לא מהני ק"ס בסודר גזול י"ל דמש"ה לא אמר רב כן דיש לחוש בסודר של נכרי דילמא גזול הוא דסתם נכרים גנבי או גזלי ואינו שלו ולא מהני אף דסתם הוי ייאוש בעלים מ"מ לא מהני.— ואי שיתן לו שיקבל סודר ע"מ להחזיר ויעשה עמו קנין א"כ בסודר זה י"ל דנכרי לא ידע לאקנוי בקנין ע"מ להחזיר כמו דאמרי' בגיטין דף כ' אשה לא ידעה לאקנויי בע"מ להחזיר ולא תתן במתנה גמורה כן נמי הנכרי לא ידע ולא יעלנו אלא בשאול ולא מהני הקנין.— ועיין רשב"א גיטין שם דכן קיימא שמעתא דהא דאשה לא ידעה מתנה ע"מ להחזיר. — והנה נראה דהסודר שהעדים עושים ק"ס ע"פ מ"ש הרמב"ן דלעיל והיינו שהם מזכים להמקנה שיקנה לקונה וא"כ לעצמו ובאים כאחד בכה"ג וודאי דלא מהני סודר שאול לכ"ע ואפי' לאותן הסוברים דמהני סודר שאול היינו אם יש לקונה סודר שאול והוא עושה בו הקנין אבל בכה"ג שצריך המקנה לקנות הסודר בשביל הקונה צריך הוא לקנותו לגמרי לקונה וא"כ צריך שיהיה של העדים. ואי שיקנה לו רק בשאלה הא אין השואל רשאי להשאיל. — אך חזרתי בי דהא שאין השואל רשאי להשאיל הטעם שמא יצריכו אבל בכה"ג שאין קונה לו אלא לתשמיש של קנין זה אין לו לחוש לכך:

דין ח.

אי מהני חליפין וק"ס להקדש.

הנה התומים סי' ס"ו כ' דהא דלא מהני בב"מ כ"מ אהא דפריך מבני העיר ששלחו שקליהן דקתני נשבעין לגזברין דמיירי שקנו מידן ה"ט דלא מהניא בהקדש ק"ס דהא צריך כלי של קונה וכלי של הקדש אינו יכול להקנותו להדיוט דהא מעל ואי שיתן כלי שלו הא לא מהני. וכ' שם

דהא דכי הריטב"א והמרדכי דהיי יכול לשנות כן היינו משום שהם סוברים דמהני כלי שאול ע"ש. והנה הריטב"א באמת כן סובר דמהני כלי שאול וכמו שהבאתי לעיל, אבל המרדכי הא הוא הסובר דלא מהני כלי שאול. והקצה"ח כ' ס"ק מ"ז שם דלפמ"ש דהסודר שנותן אחר הוי מדין ע"ב מהני ג"כ בהקדש שיתן הגזבר סודר שלו. ולפי מה שבארתי לעיל דלא מהני בק"ס דין של ע"ב וכמ"ש הרמב"ן ז"ל א"כ נדחו דבריו ז"ל, והנה הקה"ח כתב לעיין בסי' ש"א והיינו דהם נקיט הש"ע דכל אילו אם קנו מידן חייבים דמשמע דקאי גם על ההקדישות דקדים. והלא שלא הביא דברי הש"ך בסי' רנ"ה סק"ו שכ' וז"ל ולפ"ז ה"ה היכא דקנה ההקדש בקנין חליפין או שאר קנינים תו לא מהני שאלה עכ"ל והנה כ' הש"ך דמהני חליפין להקדש.— ולענ"ד דהא דמהני ק"ס להקדש ה"ט דכמו דמהני אם משך הגזבר החפץ של הקדש דלא מהני אח"כ שאלה דאף דיש שאלה להקדש היינו קודם שמשכו הגזבר אבל אחר המשיכה לא ולע"ג דמשיכה זו לא מעלה ולא מוריד דהא כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ואף קודם שמשכו הגזבר היתה ברשות הקדש וגם הא לא דמי למשיכה דהדיוט דהמושך הוא מושכו מרשותו של מוכר לרשותו משא"כ בהקדש אין משיכה זו משיכה מרשותו דהא גם קודם לכן לא היתה ברשות אלא ברשותו הקדש. ועוד דהא לכמה שיטות אין חצר של הקדש קונה להקדש כלל וכיון שאין רשות הקדש קונה מה מהני משיכה. א"ו ה"ט משיכה זו משום שהיא קנין של הדיוט ומכיון דעשה בה מעשה קנין שמועיל להדיוט אמרינן דל אמירתו הא לא יהי' כח הדיוט חמור מכח הקדש ואף שבאמת לא הי' מהני משיכה זו להקדש כלל מ"מ אחר שאמר והקדיש ועשה בה אח"כ מעשה שמועלת להדיוט מהני דלא מהני שאלה תו וא"כ כן נמי ק"ס כיון דבהדיוט אם הי' עושה הגזבר ק"ס להיות קונה לו הי' מהני בכלי זו שהגזבר נותן כן נמי מהני להקדש אם קנה הגזבר בכלי שלו להקדש דלענין זה דיינינן להקדש כמו נכסי הדיוט דכל מעשה קנין דהי' מהני להדיוט מהני גם להקדש שלא יהי' כח הדיוט חמור ומש"ה כל קנין שעשה הגזבר שעושין ומהני לקונה להדיוט כן נמי מהני כשקנה להקדש כמו המשיכה כן כנראה לי ברור:

ומה"ט נ"ל שאם אמר על דבר הפקר מצא לחבירו יזכה חלקו להקדש אף שאין חצר קונה להקדש אם לא שקונה הוא קודם דאף שכ' הר"ן נדרים כ"ד בד"א קונה ההקדש בכה"ג והוא לא זכה בה היינו בד"א שיכול לגלות דעתו שאינו רוצה משום שהם דרבנן אבל בחצר דאו' לא מהני גלוי דעתו וכמ"ש הנתה"מ בב"מ וא"כ קנה הוא קודם והוי הקדש ע"י אמירה מ"מ לא מצי למתשל עלה ואף שלא מסרה עדיין ליד גזבר מ"מ ליתא בשאלה דהא קנה חבירו ג"כ להקדש ובהדיוט כה"ג לא מצי לחזור כשאמר יקנה חצרי לפלוני לא מצי הדר ביה דהוי מגביה מציאה. — כן כתבתי לעיל בדיני שאלה להקדש, אבל חזרתי בי שם דא"כ גם לחבירו לא קנה כשאמר יזכה חלקי מציאה זו לחבירי דהא ע"כ הוא קנה תחילה לדעת הני' דלא מהני גלוי דעת בחצר דאו' וכיון שקנה תחילה לא מצי לזכות לחבירו ע"י חצרו דכל דבר שהוא שלו אינו מזכה לחבירו אלא ע"י אחר כמו שיתבאר לקמן אי"ה במקומו — ולקמן אפרש אי"ה פי' של הנתה"מ במה שאמר דוקא בדרבנן אבל בדאו' לא וע"ש בדיני ד"א של אדם:

דין ט.

אי מהני חליפין בנכרי.

כתב הר"ת קדושין נ' דק"ס מהני בנכרי אלא שלא יכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות וזכי' בנכרי ע"כ וכוונתו במ"ש שליחות וזכי' כמ"ש לעיל בשם הרמב"ן שצריך חלתי ונתן הוא עצמו וכן כלי שלו וצריכין העדים להקנות לו הסודר וכן להיות שלוחו ומש"ה לא מהני לכתוב וקנינא אלא הוא עצמו ובש"ך קכ"ג חולק על הר"ת דלא מהני ק"ס בנכרי והביא ראיה מהא דרב שהבאתי וכן מהא דלא אמרי הפוסקים בחמץ ובכור לעשות ק"ס ועיין לעיל דין ז' מ"ש שם לתרץ הא דרב וכן ל"ק כל הקושי' דהא שכ' הר"ת איירי לענין הרשאה ודין ממון משא"כ לענין איסור חיישינן שמא סודר שלו גנוב וגזול, וליתן לו הישראל במתנה ע"מ להחזיר לא מהני דלא ידע לקנות וכמ"ש לעיל ואף דמשכחת בסודר שלו בלי חשש מ"מ לא הנהיגו הפוסקים כן בק"ס שמא יעשו אותו בסודר שאינו שלו:

דין י.

הקנה מטלטלין עם מעות בק"ס.

כתב המרדכי פ' מי שמת סי' תר"ה מי שהקנה קרקע או מטלטלין עם מעות י"א דדמי לאתן וחמור וכי היכי דל"ק המעות גם המטלטלין ל"ק וי"א קנה הכל במיגו כו' ורבינו שמחה חולק והביא ראיה דא"כ נצ"ל אגב יקנה בתורת מיגו. וע"ש והביא המג"א אותן ב' פי' בסי' ר"ג ועיין ח"ס או"ח קי"ז מ"ש על קושי' ר"ש וזהו דוחק לחלק בין קרקע טפילה לעיקר וכן מוכח מהא דר"ג במעשר דלא כהש"ס ודו"ק.

ולענ"ד דגם המרדכי ל"א כן אלא בחליפין וק"ס דכיון שמחליף זה בזה דהיינו שכלל בחליפין יחדיו שמטלטלין והמעות והחליפן יחדיו עם זה הסודר א"כ מחשבינן למטלטלין עם המעות כדבר אחד דהא הוא נותן אותם יחד בסודר זה או בשה זו ומש"ה אמרי' מיגו אבל כל שאינו בחליפין אלא ע"י קנין גם המרדכי מודה דלא מהני הקנין על שנים מטעם מיגו והאי חליפין דהחליפין מורה לנו שהם דבר אחד דהא החליפן יחד בדבר אחד שקיבל ול"ק קו' כ"ם מאגב. — ועיין נתיבות ר"נ שהקשה לכאו' קושי' עצומה על שיטה זו דלפ"ז קשה מה שהקשה בסך דהי' עומד בגורן ואי מטבע נקנה בחליפין אמאי לא הקנה לו המעות בק"ס ולשיטה זו קשה הא אפי' אי אין מטבע נקנה בחליפין יקנה לו דבר אחר עם המעות והניח בצ"ע. — ולענ"ד דהא ודאי קשה על המרדכי שם הא באתן וחמור קיי"ל כר"נ דקני מחצה והוא אמר שם י"א דל"ק כלום, וע"כ צ"ל בכוונתו כמ"ש ההג"ה שם דלר"כ אמר כן דקנה מחצה ומחצה לא קני וא"כ הי"א סוברים דכיון דל"ק מחצה אמרי' מיגו ולא קנה כלום ואפי' לר"נ דהא דל"א שם מיגו דהם לא שייך מיגו וכדפרש"י והי"א דקנה כאן הכל הוי ג"כ לר"כ דמשום שסובר שם קנה מחצה מש"ה קנה כאן הכל דאמרי' מיגו להיפוך וע"ש בהג"ה. — וא"כ לפ"ז לר' שמחה דאמר שם מיגו להיפוך דלא קנה כלום גם כאן לא קנה ואף דר"ש דשם לא סובר כן מ"מ הך שיטה י"ל דסובר כן וא"כ ל"ק על המ"ד מטבע אין נקנית דדילמא הוא סובר כר' שמחה דלא קנה ואמרי' מיגו להפוך ומש"ה פריך שפיר אי מטבע נקנית ודאי קשה ליקני בסודר ואי מטבע לא נקנית אפשר ליישב ודו"ק:

כלל ו.

קנין אגב קרקע.

דין א.

אי אגב דאו' או דרבנן.

אי קנין אגב דאו' או דרבנן היא פלוגתא הראשונים ז"ל דעת התוס' ב"ק י"ב דהוי דרבנן והריטב"א מסתפק והב"י מביא בשם הרא"ש דאפשר דהוי דאו' והא דלא מהני בעבדים אף דעבד כקרקע מ"מ הוי קרקע דנייד ואין אדם סומך על העבד שיכול לברוח ע"ש וכן נראה דעת רש"י בגיטין ע"ח גבי גט שכ"מ דפי' משום אגב, אלא דהאפשרו' דהו דאף דהוי דרבנן מ"מ מהני לענין גט נמי מטעם אפקינהו — ודעת הרמב"ן בסוגי' דהלכינו נראה ג"כ דהוי מה"ת, אך בתשו' ח"ס דחה דאף קנין דרבנן מהני לענין ממון מטעם הפקר ב"ד. — ולפי מה שגמגם בקצה"ח על קנין אגב דאי דרבנן לא הי' מהני בנכרי לפמ"ש הסמ"ע שהא מכירת שטרות דרבנן לא מהני בנכרי א"כ לפ"ז הי' מוכח מהרמב"ן הנ"ל דקנין אגב מה"ת ולאו משום דמהני בממון וכמו שדחה הח"ס ז"ל אלא משום דמהני בנכרי. — אך האמת יורה דרכו שכן איתא בש"מ ב"מ בשם הרמב"ן דלר"י משיכה אינה קונה בנכרי קונה מתנה בקנין חצר או אגב וא"כ הוא סובר בפי' קנין אגב הוי מה"ת:

דין ב.

קנין אגב צריך דעת מקנה והפקר לא נקנה באגב.

הנה הגאון בעל קצה"ח ז"ל האריך בסי' רע"ה להוכיח דהפקר נקנה באגב ע"ש שלענ"ד כל דבריו ז"ל במח"כ אינם מוכרחים ומהש"ס שהביא אדרבה מוכח היפוך דהא הש"ע שהבאתי לעיל הוא כתב דאף אי היה ממון מ"מ לא נקנה בק"ס ואגב. והטעם כתב שם משום שהפקר הוי ממון קל והיה נקנית בקנין גרוע ופירשתי כוונתו משום דע"ש שאינו ממון גמור ליכא דעת מקנה טובה ובקנינים אלו צריך דעת אחרת מקנה טובה וזהו הסברא ברורה וכוונת השיטה באמת, וממילא מוכח דכל דליכא דעת מקנה כלל ודאי לא מהני בקנין גרוע כזה. — גם כל מ"ש שם הגאון ז"ל אינם ברורים, ולכן נראה ברור דקנין אגב צריך דעת מקנה דכן ילפינן מקרא ואין לך בו אלא חידושו. ומאן דסובר שהוא קנין דרבנן מ"מ לא יהי' טוב מלמ"ד דאו' ולא מהני כלל בלא דעת מקנה. — ועוד הא קיי"ל שצ"ל אגב וקני וא"כ מי יאמר לו בהפקר אגב. — ואין לומר דהא שצ"ל קני באגב היינו היכא שיש לו בעלים וצריך להוציא מרשות בעלים משא"כ הפקר דאין לו רשות בעלים סגי בלא אמירה זו. זה אינו דאי כיצא סברא זו א"כ במשיכה דקיי"ל שאינה קונה במציאה ונכסי הגר מטעם שאמר רבא דמאן מסר ליה דליקנין וקשה מנ"ל הא דילמא סגי משיכה כשאוחז הוא עצמו ולא בעינן דעת מקנה שימסרנה לו דהיינו לצוות לו לך וקני לדעת הנהו שיטות דלא בעינן מיד ליד היינו כשיש כאן בעלים אבל כשאין כאן בעלים לא בעינן אמירה זו. — בשלמא להך שיטה שצריך מסירה מיד ליד י"ל דבמציאה והפקר לא משכחת מסירה וא"כ עיקר הקנין לא נעשה כלל משא"כ להך שיטה דלא בעינן כלל מיד ליד אלא אמירה וציווי וא"כ הא הקנין נעשה באחיזה בעצמו ומנ"ל שלא מהני בהפקר קנין

זה אף בלא אמירה כיון דליכא בעלים כלל וזה צ״ע. — אלא ודאי צ״ל דכל שצריך אמירה וליווי לא מהני הקנין וכן נמי באגב דלא מהני כל שלא קני באגב וכן בהפקר לא. — והנה הקה״ח הביא ראי׳ מהש״ס ב״ק קי״ח כגון שגזל שדה ופרה כחושה דפרש״י משום אגב קרקע. — ובנתיבות כ״ל דכוונת רש״י משום שלו וכן מצאתי בשו״ת אמרי אש אך לענ״ד נראה דשדה הגזול לא קנה ואף בגנב וגזלן להתחייב באונסין נמי לא קנה ולא כמ״ש בנתיבות וטעמא דידי משום דגנב לא חייב באונסין אלא אם עשה מעשה קנין שקנה במכירה וכמ״ש התוספות בכתובות ל״א ושדה הגזול הא לא הוי שלו ולא קנה במכירה וגם הגזלן לא קנה לחייב באונסין. — ומש״ה צ״ל ברור שזהו כוונת רש״י ז״ל דלא פי׳ מטעם שלו ועיין לקמן כלל ז׳ דין כ״ב מ״ש שם. — והא דמהני אגב אף שצריך דעת מקנה צ״ל לייטב בפשוט דהא באמת הגנב חייב באונסין אף שאינו רוצה לקנות אלא שאם עשה מעשה הקונה במו״מ חייבו התורה באונסין וקנה בע״כ אף שאינו רוצה וכמו שאבאר כ״ז אי״ה לקמן בדיני גנב ע״ש וא״כ גם באגב אף דליכא דעת מקנה ולא שום אמירה של קני באגב מ״מ הא מעשה הקנין עשה ושגי בהכי משא״כ בקנין להיות שלו לא קנה באגב בהפקר בשום אופן כן נ״ל ברור. — אמנם לפ״ז צ״ל שגם במכירה בכ״ה קונה הגזלן וחייב באונסין ואף דבעליה והכי גר לא מהני מכירה מ״מ הגנב חייב דהא עכ״פ עשה בה מעשה קנין והיינו למ״ד דלא בעינן מסירה מיד ליד. — אבל למאן דבעי מיד ליד הא ליכא מעשה אם אחזה בלא מסירה כנ״ל ול״ע. והנה עכ״פ גם דעת הנתיבות דהפקר אינו נקנה באגב וכן כ׳ בנוב״י מהד״ת חו״מ סי׳ ס״ג:

דין ג.

קרקע בשאלה ומטלטלין במכירה וכן קרקע מושאל.

הנה קרקע בשכירות הביא הרמ״א דמהני והש״ך הביא בשם רי״ו דבשאלה לא מהני וחלק עליו. — ובס׳ דברי אמת הביא כן בשם חבל לאשונים ושכן מוכח מהר״ת ה״ג משלוחין וכן האריך שם במי שיש לו קרקע מושאל או יכול להקנות אגבה והביא בשם מהרי״ט דלא מהני ומחלק שם בין אם הקרקע מושאל דלא מהני לבין אם הוא משאיל קרקע. — והרמ״א פוסק דמהני ע״י מקומות דבש״כ ואף שאינם אלא שאול. — ולכאו׳ יש לראות הא בק״ס כ׳ הרמ״א דלא מהני בסודר מושאל ולפי מה שהבאתי לעיל בשם הריטב״א ק״ס ואג״ק שויה לע״ז. ולפמ״ש לעיל ניחא דחילוק גדול יש בין ק״ס שצריך להקנות להיות שלו לגמרי לשעתו ומש״ה לא מהני בשאול דהא אינו יכול ליתנו במתנה אפי׳ כ״ד אבל באגב דמהני כשיקנה הקרקע בשאלה ויכול להקנות אגב שאלה זו המטלטלין אפי׳ במכירה ומש״ה מהני שפיר בקרקע מושאל וזהו ברור ואמת לדעת הרמ״א. — ובזה נדחה מ״ש בדברי אמת לחלק בין קרקע מושאל וכולה לעשות בה קנין אגב לקרקע שלו ומקנה לה כך לשאלה דלפי דעתי אין בזה שום חילוק והא בהא תלי׳ דאם מהני קנין למטלטלין מכורין אפי׳ אם לא נתן והקנה את הקרקע לחלוטין אלא לשאלה א״כ גם בקרקע המושאל יכול הוא להשאיל ולהקנות על גבה ולענ״ד והרמ״א סובר בשניהם דמהני וכן מסתבר.

עוד הקשה שם הדברי אמת ז״ל על שיטה הסוברת דלא מהני קרקע שכורה מהא דר״ג שהוא השכיר חלקו לר״י וא״כ ר״י איך הקנה אח״כ מעשר לראב״ע אם לא ע״י קרקע זו ששכר מר״ג ובתורת אגב כפי הסוגי׳ דקדושין וזהו קו׳ גדולה. — ולכאו׳ הי׳ אפשר לתרץ ולומר דאף דלהסוגי׳ דקדושין ר״ג בתורת אגב ולא בתורת שכר הקנה מ״מ ר״י בתורת שכר נתנה לראב״ע והטעם דהא שלא רצה הש״ס לומר בתורת שכר היינו משום הקושי׳ שהקשה בב״מ וכי הזקנים בצד שדיהו היו עומדין ולא הי׳ שכר זה משתמר להזקנים וקשה הא הי׳ שכר משתמרת לר״ג וא״כ הי׳ מהני גם להם שימור של ר״ג בתורת שליחות אלא דכיון שר״ג עצמו הוא המקנה את שלו א״א שיהי׳ הוא שמשמר דכיון שהוא משמר הוי השכר עדיין שליחו של ר״ג והמקנה א״א להיות שליח ולזכות לאחרים ע״י עצמו ולא ע״י שכרו אבל אחר שהשכיר ר״ג שליחו לר״י יכול ר״י שפיר ליתן לראב״ע בתורת שכר דהא שכר זה משתמר ע״י ר״ג עצמו ואף שאינו משתמר לראב״ע מ״מ הוי ר״ג עתה שליחו לשמור לו את השכר וזה מהני כאשר יתבאר אי״ה לקמן במקומו יותר. — אבל העיקר הנלענ״ד בקושי׳ של הדברי אמת הוא דאף לשיטת הסוברים דלא מהני קרקע מושאל או מושכר היינו בלי דעת המשאיל אבל אם השאיל לעשות בו קנין הא מהני וכן כ׳ הרמ״א בק״ס. והטעם דכל שהשאיל לו אדעתא דהכי נתן לו באופן המועיל כמבואר בהא״ס קדושין לענין טבעת שאולה לקדש בה וא״כ ר״ג ודאי שנתן לו הקרקע באופן המועיל דהא ידע שר״י יקנה אגבה לראב״ע וזהו פשוט מאוד עד שא״צ לומר לא כי הוא ז״ל כן:

דין ד.

ט״ה ושאלה או שכירות מטלטלין אי נקנים באגב.

הנה הרמ״א לא הזכיר באגב אי ט״ה קונה ומזה שכ׳ הרמ״א דלא נקנה בק״ס אינו מוכח דלא נקנה באגב וכמ״ש לעיל דדוקא בחליפין לא נקנית משום שאין גופה ממון ולא חל עלי׳ שם חליפין אבל באגב שפיר יכול להיות שחל הקנין ואפי׳ אם לא מכר אלא הט״ה לחודא. — אך בעל העיטור כ׳ דט״ה אינה ממון ולא נקנית לא בק״ס ולא באגב ועי׳ ש״ך שתמה עליו ושהוא סותר א״ע ולקמן בדין חצר השכירה ביארתי היטב דלק״מ וע״ש, וכאן אביא בקצרה מה שנוגע כאן, הנה כ״מ מהני דעת אחרת מקנה שאני ולא צריך לתרץ הך דר״ג בקנין אגב וה״ט משום שהוא הולך אליבא דעולא דט״ה אינה ממון ומש״ה לא נקנית באגב, וכן מוכח ממה שהקשה המרדכי על ר״פ הא ליכא כאן דעת אחרת מקנה דט״ה א״מ ומתרץ דמשום שמקנה את השכר ג״כ והוי דעת אחרת מקנה עם השכר וא״כ גם המרדכי סובר דר״פ סובר ט״ה א״מ וא״כ מש״ה לא הוה לאוקמי הא דר״ג משום אגב, ורבא שאמר לעיל ולא היא דבקנין אגב אלי׳ להקנות הוא לרבא דסובר ט״ה הוי ממון בכלים, וכן פי׳ בש״מ שהבאתי לעיל בחליפין דר״ל אפי׳ אי ט״ה ממון מ״מ הוי ממון קל ולא נקנה בק״ס ובאגב וע״ז אמר ולא היא והיינו אי ט״ה ממון שפיר נקנה באגב, וכן הסוגי׳ דקדושין הולכת למ״ד ט״ה ממון ומש״ה מוקי לה להא דר״ג באגב, וא״כ בעל העיטור דפוסק ט״ה אינה ממון שפיר פסק דאינה נקנית לא בק״ס ולא באגב כר״פ שהוא ג״כ סובר כן וליק כלום מסוגי׳ דקידושין שהיא סוברת ט״ה ממון ועיין לקמן בדין חצר השכורה מ״ש שם ותמלא נחת:

והנה לפ״ז קיי״ל דליכא דט״ה אינה נקנית לא בק״ס ולא באגב, אבל כ״ז אם מכר רק הט״ה אבל אם נתן ישראל התרומה לכהן כבר כתבתי לעיל דליכא דמהני קנין אגב וכמ״ש הר״ש ז״ל דאף דט״ה א״מ מ״מ הא תבואה נתן לו ולא ט״ה, ואף שאין כן דעת בעל העיטור ז״ל דהוא אינו מחלק כן, מ״מ כן נראה דהכי הר״ש ז״ל פסק כן וכן כתבתי לעיל לחלק בין היכא שמכר לו רק הט״ה ובין היכא שנתן לו לכהן התרומה, ועיין מ״ש בזה בדין ט״ה שלי שם ביארתי הדבר על נכון ואפי׳ אי ט״ה א״מ מ״מ לענין מתנה זו לכהן הוי ממש של ישראל דהתורה נתנה לו לענין המתנה והוא המקנה ע״ש היטב:

ולענין שאלת מטלטלין אגב קרקע הנה דין זה לא נזכר בפוסקים אי מהני ונראה דלפמ״ש לעיל על מה שהביא הקצה״ח מהא דב״מ משאיל אדם בעובו דמוכח משם דמהני ק״ס לשאלה וכתבתי שם לחלק בין קרקע למטלטלין דאף דבשאלת קרקע כתבו התוס׳ דלא מהני מ״מ במטלטלין כמו שתיקנו חז״ל משיכה אף דמן הדין הי׳ דלא מהני לפי דעת הריטב״א דהא לא קני לה לגופה אלא לתשמיש ומ״מ תקנות חז״ל וא״כ הוה עמו שאלה כמו מכירה לגופה ומש״ה גם ק״ס מהני וכמ״ש לעיל וא״כ כן נמי מהני קנין אגב שאם השאיל לו כלי והקנה לו עם קרקע ובקנין אגב מהני לשאלה זו שאין המשאיל מצי לחזור בו, ועוד דבאגב יכול להיות דאפי׳ התוס׳ מודו דאף דלא מהני ק״ס לשאלה מ״מ אגב מהני, ולא דמי נמי לט״ה של בעל העיטור דהוא סובר ט״ה א״מ משא״כ שאלת כלי ודאי הוה ממון טוב וא״כ מהני קנין אגב לכל הדיעות כן נראה לי:

דין ה.

שליח אם יכול להקנות מטלטלין של המשלח אגב חצרו של שליח.

ראיתי במק״ח על הלי׳ פסח שכ׳ בשיטות שהשליח יכול למכור חמצו של ב״ה אגב חצר של השליח והביא ראי׳ מסי׳ ר״ב סעיף ד׳ באפטרופסין ועיין סמ״ע, והנה הקצה״ח גיטין כ״ב מספקא בהא שאמרו דאפטרופס תורם אם הוא מדינא דידו כידן או מטעם הפקר ב״ד שהפקירו את התבואה ונתנה לו, והריטב״א שם הסכים לפי׳ הראשון משום דבתרומה שליחות בעינן ויתומים לאו בני שליחות הם, ובקידושין כ״ו כ׳ הריטב״א דמהני באפטרופס שדה שלו ומטלטלי דיתמי וכן הביא הר״ן והש״מ ופירשו משום דידו כידן ושאר הראשונים חולקין וסובר המק״ח דכי היכי דפליגי באפטרופס כן נמי בשליח דעלמא, והקצה״ח סובר כן גם בשליח — ולענ״ד אין זה מוכרח ואדרבה נראה דדוקא באפטרופס דידו כידן סובר הריטב״א דמהני אבל בשליח לא. — והנה בע״ב גיטין הקשה על טעם הראשון של הריטב״א דהוי משום זכייה ומש״ה הוי ידו כידן וקשה הא הריטב״א עצמו סובר בקידושין דלא מהני דין זכי׳ בתרומה שצריך דוקא שליחות, ולענ״ד נראה לתרץ דהא הכי הריטב״א דידו כידן לאו משום זכי׳ הוי דאי הי׳ משום זכי׳ ודאי לא הי׳ מהני בתרומה, אבל נראה דכל אפטרופס בין שמינהו ב״ד ובין אביהן יש לו הנאה דהוא אינו משתכר וכדאיתא בגמ׳ להמעיין שם דבין לרבנן ובין לא״ש יש לו הנאה זו עכ״פ וא״כ בהאי הנאה הוי כמקבל שכר וכדאמרי׳ בכל הא׳ הנאה כן נמי הוי כמקבל פרוטה ונעשה כפועל שידו כיד בע״ה ופי׳ הריטב״א בב״מ דהא דפועל ידו כיד בעה״ה הוי משום דשכירות ליומא

ממכר

ממכר היא, וא"כ עשיה מהני שהאפטרופס לתרום משום דפועל הוי יותר שליח משליח דעלמא והט"ז בענין שהקשה הי' קושי. דמשום זכי' הוי ולא הוי שליח וזכיה לא מהני בתרומה וכמ"ש הרשב"א דזכיה לא מהני בתרומה דלאו שליחות היא, ואי הי' טעמו של הרשב"א משום זכיה הי' קשה גם בלאו קושי' הט"ז בענין דלא עדיפא זכיה שלא בתורם משלו על של חבירו ואז באמת מהני בתרומה כדאיתא בנדרים אבל תורם משל בעל הכרי ליכא זכיה כלל אלא שליחות אבל לפמ"ש א"ש דהאפטרופס הוי כפועל והוא שליח אלא דעדיף משאר שליח דידו כידן שהוא ממכר, וגבי פועל מש"ה מהני אף במקום דלא מהני שליחו כגון תורם לב"ה. וכן כ' הרא"ש ב"מ פ"א סי' כ"ז בשם הר"ח דאפטרופס שתפס בשביל היתומים ה"ז זכה משום דידו כידן והוי יד בעלים. ומש"ה מהני לתרום ליתומים דאף הקטנים לאו בני שליחות נינהו מ"מ מהני דהוי ידן:

ולפ"ז. וודאי דאין ראיה ממ"ש הרשב"א דמהני קנין אגב בשדה של אפטרופס ומטלטלי של יתומים לשליח דעלמא דשאני אפטרופס וקלת ראיה יש לי דלא מהני שליח דעלמא דאי מהני א"כ אמאי אמר הגמ' שאני ר"ע דהוי יד עניים הא בלא יד נמי מהני להיות שלוחם א"ו מדנקיט יד לא מהני שליחו אלא יד וגבאי של עניים נמי ככאה דהוי כידן של עניים ויותר משליח משאי טעמא גופא שאמרנו לעיל באפטרופוס. או משום שעושה מלוה ומייתר פרוטה דכ"י והוי כפועל קוף קוף לא אלינו כן בשליח אלא ביד אבל לא בשליח ולא בזכיה שהיא ג"כ מטעם שליחות כרוב הפוסקים. — ועוד ראיה הא דהך אבעיא דשדה לאחד ומטלטלין לאחר איירי גם במתנה וא"כ הא איכא זכיה ומ"מ דהא שאני ר"ע דיד עניים הוא וא"כ מוכח דאפי' זכיה לא מהני אלא יד עניים דווקא וכמ"ש:

ומיהו מצאתי להריטב"א קדושין כ"ז שכ' על הא דאמרינן פ' שור שנגח דהר"י אגן יד עניים אנן וכו' דמהכא מוכח שאם אמר כלוגן תנה לי בידך תנהו ללוי שיזכה בהם ליהודא ויהודא אינו כאן זכה לוי בהם ליהודא כמו שזכה ר"ע לעניים. — ומוכח דהריטב"א אינו מחלק בין יד עניים לשליח דעלמא דא"כ לא מוכח מהא דיד עניים דמהני מעמ"ג בשליח שאינו יד ואפשר דהריטב"א לשיטתו שסובר כל זכי' משום יד הוי וא"כ שפיר יליף אלא דמ"מ לא ניחא לי בכך דמדאמר כאן שאני ר"ע דיד עניים הוא מוכח דזה הוי יותר יד מזכיה וזכיה מטעם שליחות. — ועיין לקמן בדין מעמ"ג מ"ש דבלא"ה הך דיכא דשליח מהני במעמ"ג קשה אי זכיה מטעם שליחות דהכי לא עשה זה שום מעשה אלא שעומד ושמע בשביל יהודא ואין שייך במידי דממילא שליחות וכמ"ש הרא"ש נדרים בשמיעת אפטרופוס שהביאו הקצה"ח סי' קפ"ב ויש לחלק. — היוצא לנו מכמ"ש דבשדה של שליח ומטלטלין של בע"ה או להיפוך הוא אבעיא דלא נפשטא ואפי' עשאו שליח ובחמץ לא מהני. — ולפמ"ש הט"ז סי' תל"ד דמספקא כותן הבע"ה משלו במתנה לשליח הי' אפשר לדינו של המק"א ולא מטעמים ולקמן הארכתי בזה שכ' הט"ז:

ודע שראיתי בפרמ"ג או"ח סקי"ט שחקר אפטרופוס של יתומים קטנים איך נעשה שליח בחמץ שלהם וכן איך מפרים תרומה עבורם ובתרומה אפשר משום זכין לאדם כו' ע"כ והנה בתרומה הא לא הוי זכיה וכמ"ש התוס' והרשב"א דלא הוי זכיה שלא בתורם משלו על חבירו. אלא דביתומים לאכיל הוי זכות דא"א להם לאכול ובזה נסתפק הרב אם תהלה טוב וא"כ זכות אי אמרינן זכין. — ומכל מקום היא פלא שלא הביא הפרמ"ג הא דהרשב"א שכ' שני טעמים בתרומה ול"ע. — ושני הטעמים שייכים גם בחמץ ועיין כלל כ"ז:

דין ו.

אי מהני אגב בנכרי.

הגאון בעל התומים כלם להוכיח דלא מהני אגב בנכרי מהא דר"ת שלא כתב לכתוב הרשאה בנכרי ע"י אגב אלא ע"י ק"ס ועיין קצה"ח שחולק עליו וכ' שכן מוכרח מכל הפוסקים לענין מכירת חמץ, ולעיל הבאתי דברי הרמב"ן ז"ל בקונט' דהרחיבי דמהני אגב בנכרי אלא דמ"מ לא מוכח דאפשר הרמב"ן סובר אגב דאו' ומש"ה מהני גם בנכרי אבל אי אגב דרבנן לא מוכח לפמ"ש הסמ"ע דאי מכירת שטרות דרבנן לא מהני בנכרי. — וכן נמי דלא הוי כהייתו מר"ת כלום דאפשר הוא סובר אגב דרבנן ומש"ה לא מהני. — באופן דזה תלוי בהא אי אגב דאו' מהני גם בנכרי ואי דרבנן הי' אפשר דלא מהני אבל מ"מ כן הסכימו במכירת חמץ דמהני בנכרי. ולכאו' קשה מהא דרב בע"ז שאמר למוכרי יין שאם לא יעלו המעות תחילה יהיה דמי יי"נ ואמאי לא הקנו להם באגב קרקע א"ו דלא מהני אגב בנכרי והי' אפשר לתרץ דרב חשש שמא לא יהי' להם קרקע אלא בשכירות או שאלה ולא מהני באגב אלא דלפ"ז מוכח הדא מתרתי או דלא מהני שכירות לקנין אגב או דלא מהני בנכרי קנין אגב ואנו עושים תרתי להיפוך שאנו עושים קנין אגב בשכירות קרקע וגם לנכרי בחמץ. ולפמש"ל לתרץ הך דר"ת מהא דרב שם סי' קכ"ב גם זה מתורץ. וע"כ צ"ל כן דאל"כ קשה אמאי ל"א רב שימכו פרוטה וישכיר להם מקום היין ויקנו בתורת שכר א"ו כמ"ש ודו"ק:

כלל ז.

דיני חצר.

דין א.

חצר דגברא משום שליח וחצר קטן.

דעת הרי"ף והר"ן ז"ל דכל חצר דגברא משום שליחות אתרבאי וכל חצר דאשה משום יד, וכראיה שהם נקטו להלכתא כאב"ע בהא דאמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי וליכא חילוק בין מציאה לגט אלא בין קטן לקטנה והבנו הני הפוסקים דלאו דוקא קטן וקטנה אלא איש ואשה וי"ל שהאמר חצר באיש אם המצא תמצא ונאמר חצר באשה ונתן בידה וחצר דאיש הוי משום שליח משום שאינו מוכח דלהוי יד ולכן לא ידענו לו אלא שליח אבל האשה ע"כ יד הוי ואיש לא ילפי' מאשה — והא דנקט בגמ' קטן וקטנה ולא נקט איש ואשה ה"ט משום דאין לנו כ"מ אחרת בזה אי הוי החצר שליח או יד אלא זו דחצר שליח ליכא בקטן וחצר יד איכא בקטנה ומש"ה נקט קטן וקטנה. — וליכא למפרך עוד כ"מ לענין שצריך לעמוד בצדו ולומר דאיש הוי משום שליח וא"צ לעמוד בצדו ודאשה הוי משום יד וצריך לעמוד בצדה דזה אינו דלמאי דמסיק ר"א לקטן אף באשה ליכא צריכה לעמוד בצדה אלא בגט דהוי חוב לה אבל במתנה לא גרע לה משליחות ואפי' אינה עומדת בצדה מהני וא"כ ליכא כ"מ אלא לקטן וקטנה, ועכ"פ צ"ל ברור דכלל גדול הוא להפוסקים הנ"ל שאין באיש חצר משום יד כלל אלא שליח ואפי' אם יעמוד הקטן בצדו אין לו חצר וקטנה יש לה חצר יד אלא דלא גרע משליחות באשה גדולה, וקטנה דיש לה חצר דוקא אם עומדת בצדו דהוי משום יד דהא מש"ה ילפי' לה חצר במציאה מגט וא"כ כמו דבגט ע"כ צריכה לעמוד בצדו כן נמי בממון דיש לה חצר היינו אם עומדת בצדו כן הוא דעת הרי"ף והר"ן, ודעת הרמב"ם ככתוב לקמן אי"ה: והנה כן מצאתי לגדולי אחרונים ז"ל שנקטו כללא זו לדעת הפוסקים הללו דכל חצר דגברא משום שליח וחצר דאשה משום יד, אלא שראיתי קדוש אחד מדבר והוא הגאון בעל הנתיבות ז"ל לפרש דברי הרי"ף ז"ל דאפי' חצר דגברא אם עומד בצדו הוי יד, ולענ"ד במח"כ לא נראה כן מכמה טעמים חדא דא"כ לאו כללא הוא ואמאי כייל לומר דחצר דגברא משום שליח. — ועוד דא"כ תקשי אמאי אין חצר לקטן שיש לו יד לקנות בעצמו והוא עומד בצדו וכמו שיש לו יד מה"ת או מדרבנן לקנות בידו כן נמי להוי לו חצר וכי תימא שהם סוברים כמ"ש התוס' דלא תקנו רבנן חצר לקטן זה אינו במשמעות לשון הר"ן ז"ל כלל דא"כ למה אמר הר"ן ז"ל הטעם שאין לקטן חצר במציאה משום שאינו משום שליח הא לא תלי' בזה כלל אלא דלא תקנו לו חצר, ועוד הא במתנה קונה הקטן מה"ת בדעת אחרת מקנה וא"כ אמאי אין לו חצר מה"ת. והנתיבות תירץ ע"ז דמשום דלא מהני עמידתו בצדו דעמידת קטן שאין בו דעת לשמור לא הוי עמידה והוי אבידה מדעת בקטן והא דמהני בקטנה הוי גזה"כ בגט ומש"ה מהני גם במציאה. — ומה אעשה שלא זכיתי להבין דבריו הקדושים ודברים תמוהים המה דמ"מ דהוי אבידה מדעת ונסתייע לזה מב"ב דף פ"ז אין זו ראי' כלל דהם איירי בתינוק אבל קטן שהגיע לשנים ודאי שאין לומר כן וכן מבואר שם דמתינוק איירי, ועוד דהא בקטנה דעסקינן בה ע"כ שיכולה לשמור את גיטה איירי דאל"ה אינה מגורשת אפי' בידה אלא ע"כ שיכולה לשמור את גיטה וא"כ הה"נ קטן נמי שיכול לשמור מה שבידו וא"כ גם החצר משתמר על ידו, ועוד דע"כ צ"ל כן דאי חצר של קטנה אינו משתמר על ידה א"כ מנ"ל שהקטנה מגורשת ע"י חצרה הא לא נאמר בקרא קטנה בפירוש ואכן לא ידעינן לה אלא משום דכל אשה א"ל דעתה וא"כ ידעינן שהקטנה מתגרשת כגדולה וכן כשם שגדולה מתגרשת בחצרה כן קטנה וא"כ איכא למפרך בשלמא גדולה יש לה חצר דהא הוא דומה לידה שמשתמר לדעתה מה שא"כ קטנה תינח בידה אבל חצרה הא אינו דומה לידה ומנ"ל לומר כמ"ש הנתיבות דאיכא גזה"כ דקטנה מתגרשת אף שאין חצרה משתמר היכי כתיבא גזה"כ זה דילמא לא מהני אלא ידה והא דאתרבאי חצר לאשה היינו חצר הדומה לידה והיא גדולה אבל קטנה לא דהא אין לה חצר הדומה לידה וזהו קושי' נפלאה. — אלא ודאי שגם חצרה משתמר על ידה כמו שיכולה לשמור גיטה בידה ומש"ה מגורשת בין בידה בין בחצרה כמו גדולה דאין לחלק כלל. וא"כ בכה"ג קטן ג"כ משמר חצר ואמאי אין לו חצר כשעומד בצדו אלא ע"כ היינו כמ"ש הר"ן בפירוש דכל חצר דגברא משום שליח ולקטן אין שליחות, ועל הקושי' שהקשה הנתיבות ז"ל אשר עליהם דחק עצמו לפרש כן כבר אי"ה לקמן ונבאר אותם כ"א בבירור גמור, אבל תחילה הנני לבאר דבר אחד והוא דלפי ההלכה מדעת הר"ן זוכה הקטן מה"ת ופי' הס"מ שהוא משום זכיה ועכ"פ ע"י דעת מקנה ודאי מה"ת זוכה ועיין קצה"ח סי' רמ"ג: והנה מ"מ כתב הר"ן ז"ל בהדי' זכיה שאין אינו זוכה לו אפי' במתנה אלא א"כ זיכה לו ע"י אחר וזהו דבר קשה מאוד כאשר כתב הקצה"ח שזהו קו' הרשב"א ספי"ט מתכירה והעלה תכה קו' דלא כדעת הר"ן אלא דבמתנה יש לו חצר

ורק במציאה אין לו. גם במס"ח הקשה כן ולא שעלה דבר ברור. — עוד כשאלתי הרבה דקושי' זו גם על התוס' קשה ועליהם אין לתרץ שום תי' מהתי' שכתבו האחרונים הנ"ל והנה בכתובות דף י"א שהקשו שם על הא דמטבילין גר קטן ואמאי הא זכיה מטעם שליחות דאנן סהדי דניחא ליה כדאמרי' בב"מ גבי מתנה זכות הוא לו וזכין כו' ופי' דבריהם דמדאמרינן שאין לו לקטן חצר ע"כ הטעם משום דזכיה מטעם שליחות וכן פי' דבריהם בקה"י וחולק שם על הש"ך בנקודות הכסף שדחה כו"ח התוס', וכתבו שם בתוס' שני תי' חדא דאין לקטן זכיה אלא מדרבנן ועוד תי' דיש לו זכיה מה"ת היכא דהוי זכות גמור דאז יש לו אפי' שליחות רק בתרומה נתמעט דלא הוי זכות גמור ע"ש:

והשתא בשלמא לתי' ראשון דאין לו זכי' אלא מדרבנן א"ש הא דאין לו חצר וכמ"ש התוס' כאן דלא תקנו לו רבנן חצר, אבל לתי' בתרא דיש לו זכי' ושליחות מה"ת בזכות גמור א"כ קשה בין במציאה בין במתנה אמאי אינו קונה לו חצירו מטעם זכיה ושליחות הא יש לו שליחות בזכות גמור, וזהו פליאה נשגבה דבריהם הביאו מחצר זה ראיה דאין לו זכיה משום דחזינן שאין לו חצר ובמסקנת דבריהם ז"ל לא הוזכרו לתרץ ראיה זו דא"כ אמאי אין לו חצר כמו שיש לו שליחות בזכות גמור, ויותר פלא על שני תרי גאוני בתראי שלא הקשו כן על התוס' דעליהם לא שייך תירוצם שכתבו הם ז"ל:

ואמנם נבוא לבאר ונאמר, הנה הא לא קשי' לן דאפי' תינוק בן יומו יקנה ע"י חצירו משום זכי' דהא זכין לקטן אפי' בן יומו מ"מ זה לק"מ דהא כל חצר שאינו משתמר לדעת בעלים לא הוי חצר לקנות וא"כ תינוק זה אין החצר משתמר לדעתו ואין לו חצר, ולא קשה לן אלא קטן שיכול לשמור חצירו ויש לו חצר המשתמרת לדעתו, ונראה דלק"מ דהנה ביארתי בדיני שליחות שני דברי התוס' הנ"ל שכ' דבזכות גמור יש לו לקטן שליחות שדבריהם צריכין ביאור מנ"ל להתוס' סברא זו הא התורה מיעטה את הקטן מדין שליחות וא"כ היכן מצאו כן לחלק — עוד הקשו האחרונים על התוס' הא כל מילי דאיהו לא מצי למעבד לא מצי משוי שליח עיין ע"ב גיטין, ונראה לבאר דבריהם ז"ל שהם כתבו כן מסברא והי' דהא הא שנתמעט הקטן מדין שליחות אף שהוא בן ברית וישראל כמו הגדול מ"מ אינו גדול ומה החסרון יש בו שאינו גדול חסרון דעת שאין דעתו דעה גמורה ואף שכלו אותו חריף מ"מ התורה אמרה שאין דעתו דעה גמורה: ומעתה הנה הא דצריך דעת לשליחות היינו לענין המינוי שכל שליח צריך התמנות ממשלחו שכן מורה לשון שליח שנשתלח ממשלחו ומש"ה קטן זה שאין בו דעת ורצון אין המינוי שלו מינוי ומש"ה נתמעט משליחות, ומעתה אם יצוייר שליחות שא"צ מינוי אין מקום למעט את הקטן משליחות כזה דהא גם הוא ישראל כמשלחו ולמה יגרע וזהו סברת התוס' דבכל מידי שהוא זכות גמור דאז כל שליח של זכיה זו א"צ התמנות דאנן סהדי דניחא ליה בשליחות זה וכיון דא"צ שליח זה למינוי שליחות א"כ גם הקטן כגדול ולא נתמעט הקטן אלא מתרומה דאיכא קצת חוב וכל תרומה צריך למנות את שלוחו מרצונו ודעתו שהוא מרוצה לכך וקטן לית בו דעת ואין רצונו רצון ואף שהוא מתנה שלוחו לא הוי מינוי דילמא אינו רוצה אבל בזכות גמור הא לא"צ מינוי דאנן סהדי וא"כ במעשה השליחות קטן כגדול דהא ישראל הוא. וזהו סברת התוס' ברורה מאוד, וגם לק"מ שאין הקטן מצי למעבד דהא אין בו בקטן זה שום חסרון אלא שאינו בפניו והוי כגדול שאינו בפניו לשאלו וכמו שהגדול אם אינו בפניו מ"מ מהני לו הזכיה אף שהיא משום שליחות כן נמי הקטן אין בו חסרון אחר אלא שעתה אינו בפניו לשאלו שאין לו עתה דעת וזהו אין חסרון בגוף הדבר ולכך מהני הזכיה. — בא וראה בלשון הרי"ט ז"ל פכ"ט ממכירה שכ' שם וז"ל יראה לי כו' תעמוד בידו כו' שהקטן כמי שאינו בפניו וזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל וכל הרואה יראה שכיון למ"ש דעש"ה יש לו לקטן זכיה משום שאין בו חסרון אחר אלא שאינו בפניו מכח שכלו ודעתו שאין לו עד שיגדל ולהכי לא הוי אלא כגדול שאינו לפניו וכמו שהגדול שאינו לפניו אין זה חסרון בזכיה דאין אנו צריכין לדעתו ורצונו כן נמי קטן זה אין אנו צריכין בזכיה לשכלו ורצונו ומש"ה זכה וזהו אמת בדברי הרי"ט ז"ל:

ועפ"ז ישבנו היטב קושי' אחת על הרי"ט פ"ד מזכי' שכ' שזכין לשוטה וכן הביא הב"י ומשמע ודאי דאפי' אין לו עתים חלים נמי יש לו זכי', וקשה מאוד הא בא"כ אמרי' דהא שיש לו זכי' לקטן ולנכרי לא הי' משום דקטן אתי לכלל שליחות כשיגדל משא"כ נכרי לא אתי לכלל שליחות וא"כ שוטה זה נמי לא אתי לכלל שליחות ואמאי יש לו זכי', וכן הקשה הקה"ח והניח בצ"ע: ולפ"מ מ"ש א"ש מאוד דלכאורה יש לומר בסברת הש"ס אם יש לו לקטן זכיה מה"ת כגירסת הני ראשונים א"כ מה סברא יש בזה דכיון שאתי לכלל שליחות יש לו עתה זכיה הא עכ"פ עתה לא הוי בגדר שליחות וזכי' היא מטעם שליחות להנהו ראשונים וא"כ בשביל שיהי' לעתיד בכלל שליחות מש"ה יהי' גם עתה אין לזה הבנה. — אבל לפמ"ש יבואר דהנה לפמ"ש יש חילוק גדול בין הקטן לנכרי אף שהיום נתמעטו מקרא מדין שליחות מ"מ אינם שוים במיעוט זה שהקטן לא נתמעט מעצם השליחות דהא הוא ישראל כגדול ולא נתמעט א"כ אלא מכח שכלו והיינו שאינו יכול למנות שליח עתה, אבל הנכרי נתמעט מעיקר שליחות שאינו כמשלח בן ברית, ומעתה לענין זכיה מהני לקטן השליחות דהא כל שא"צ מינוי גם הוא כגדול יחשב אבל הנכרי שהוא נתמעט מעצם השליחות לא משום המינוי גם זכי' לית ליה כאמור. — ואחר כ"ז כן הפי' בהא דאמר הש"ס שם שמחלק בין קטן לנכרי והביא ראיה שאין הקטן נתמעט מעצם השליחות דהא אתי לכלל שליחות פי' מכח זה הראה שאין קטן ממועט מעצם השליחות דהא כשיגדיל יהי' גם הוא בגדר זה וא"כ ע"כ עתה אין בו חסרון אחר אלא שאינו בפניו וכמ"ש הרי"ט ובזכיה א"צ שיהי' בפניו אבל הנכרי הוא ממועט מעצם השליחות דהא לא אתא לעולם לכלל שליחות. — ולא כלה הש"ס בזה שיהי' הקטן מחויב לבוא לכלל זה דאפי' אי הוי ידעינן בבירור שלא יבוא זה הקטן לעולם לכלל זה שימות מהר מ"מ לא איכפת לן אפי' אם לא יבוא אלא לראי' הביא כן הש"ס דמשום דחזינן בו שיכול לבוא לכלל שליחות ממילא ידעי' שאינו ממועט מעצם שליחות כנכרי — וממילא גם השוטה אף שלא יבוא לעולם לכלל דעת מ"מ גם הוא אין בו חסרון אחר אלא שהוא חולה ואינו ממועט מעצם השליחות דהא ישראל הוא והא ראי' שאם הי' אפשר שיתרפא ויהי' דעתו צלולה יהי' גם הוא בכלל שליחות וא"כ הרי גם הוא רק כאינו בפניו ואפי' לא יבוא לעולם מהני לו הזכי' שאין צריך למינוי שליחות שהוא ג"כ כקטן ולא כנכרי וא"ל שיבוא לכלל דעת לעולם ומ"מ ישראל הוא ואינו ממועט אלא ממינוי כקטן וזהו דבר נפלא ואמת בדעת הרי"ט ז"ל ולק"מ קושי' הקה"ח ועיין לקמן דין שליחות:

ואחרי ההצעה זו נחזור לענינינו דא"ש הא דאין חצר זוכה לקטן ולק"מ דהנה אמרנו דהא שיש לו לקטן זכי' אף שהיא מטעם שליחות ה"ט משום דבזכיה אין השליח צריך התמנות כלל דאנן סהדי, ואמנם בחצר שאני דהא דחצר קונה לאדם שלא מדעתו אף דבכל שליח צריך התמנות וא"כ האי חצר אף שהוא ג"כ שליח מ"מ למה לא צריך דעת בעליו ולהתמנות ממנו לשליח אלא ה"ט דבחצר המשתמרת לדעתו הוא נתמנה מעת שהוא משתמר לדעתו ושהוא מרוצה להניח בו חפציו וזהו הוי ההתמנות של כל חצר דע"י שהוא משתמר לדעתו נתמנה להיות שליחו, וכן כ' המח"ס דמש"ה ל"ל זכתה לי שדי כדי שיתמנה לשליח וא"כ אף בזכות גמור צריך החצר להתמנות זה שיהי' משתמר לדעתו משום דאף דאנן סהדי דניחא לי' בהאי מתנה מ"מ ליכא אנן סהדי דניחא לי' שיהי' החצר זה שלוחו כיון שאינו משתמר להניח בו חפציו ולזה צריך דוקא דעתו דהיינו שיהי' משתמר לדעתו אף בזכות גמור, ומעתה בחצר קטן דאף שיש לו דעת לשמור את חצירו מ"מ כמו שאמרה התורה שאין דעתו דעת ורצון למנות שליח כן נמי התמנות החצר דהיינו שיהי' משתמר לדעתו לא מהני דהא אין דעתו דעה גמורה וכשם שאין שום חצר מהני אם לא נשתמר לדעת בעליו משום שזהו התמנותו של חצר כן נמי לא מהני לקטן ואפי' בזכות גמור נמי לא קנה חצר לקטן משום דאף דאנן סהדי דניחא לי' במתנה מ"מ ליכא אנן סהדי שהחצר זה נתמנה מאתו דהיינו שהוא משתמר לדעתו וניחא לי' שיהי' חצר זה שלוחו דהא התורה אמרה שאין דעתו דעה גמורה ואיך נסהיד אנן שהוא דעה גמורה וא"כ אין זה חצר משתמר לדעתו ולא מהני אפי' בזכות גמור וזהו סברא ברורה מאוד עד שאמרתי אולי מקום הניחו לי מה"ש:

ואמנם כ"ז הוא בחצר דנראה שהוא משום שליחות וצריך התמנות וכן בחצר צריך משתמר לדעתו וזהו התמנותו וא"כ אף שהקטן יודע לשמור חצירו מ"מ לא מהני ליה כמו דלא מהני ליה אם הוא ממנה שליח בפי'. — משא"כ חצר דאשה שהוא משום יד א"כ אף חצר דקטנה מהני דכמו דמהני ידה אם יוכל לשמור גיטה כן נמי חצרה שהוא משתמר לדעתה כמו ידה דמהני לה וזה ברור. — ולפ"ז שפיר הוכיחו התוס' שם בכתובות דע"כ חצר משום שליחות דאי משום יד אמאי לא מהני לו חצר כמו ידו בזכיה א"ו שזכייה משום שליחות ולא מהני לפ"ז אפי' בזכות גמור דהא חצר זה צריך דעת להתמנה אפי' בזכות גמור ואין דעת הקטן דעת משא"כ שליחות יש לו דאנן סהדי דניחא ליה במתנה ובשליח דהא הוא משתמר בידו של שליח:

והנה יש לראות עוד דלפמ"ש הא דאין חצר של קטן קונה לו משום דלא הוי חצר משתמר לדעתו א"כ לר"ש שסובר דכל היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ל"ל שום חצר משתמר לדעתו והוי במשומר לדעת הנותן א"כ אמאי אינו קונה חצר לקטן במתנה דהוי זכות גמור ולא צריך ג"כ משתמר לדעתו. — אך לק"מ דאנן הא לדעת הרי"ף והר"מ אנו סוברים עתה והם הא פסקו באמת דלא כר"ש. ולר"ש באמת מהני חצר לקטן במתנה. — ואי תקשה הא הרמ"א פוסק כהא דר"ש וא"כ למה שתק על הב"י שכ' בסי' רמ"ג כהר"מ דאין חצר קונה לקטן אפי' במתנה י"ל דהרמ"א סובר כהני ראשונים דגרסי בא"כ קטן אית ליה זכייה מדרבנן ול"ל זכייה מה"ת כלל וא"כ בחצר לא תקינו ליה רבנן וכמ"ש התוס' כאן במציאה ואתי שפיר על נכון. ועיין לקמן דעתו של הרא"ש ז"ל. — הנה יצא לנו דעת הרי"ף והר"מ ברור דלכללא היא כל חצר דנראה משום שליח וחצר דאשה משום יד הוי, וחצר המשתמרת לגלוי אין לה לקטנה דהא חצר ידה צריך להיות משום יד ובקטנה אבל כשאינה עומדת בצידו

בצידו לא מהני לה דהא גם היא אינה עושה שליח וכן היא דעת רש"י ותוס'. — אבל הרכב"ר והנמוק"י מודים, דגם חצר משתמרת שאינה עומדת בצידה יש לה לקטנה דהוי לה כיד אריכתא וכן נראה דעת הרי"ף וכן כ' הש"ך סי' רמ"ג. — והנה לפמ"ש אין זה סותר לכללא של הרי"ף דוודאי בקטנה החצר שלה משום יד גם זה החצר הוי יד וכל ידה קונה דהא באמת החצר משתמר לה דומי' דידה וקונה בו. — אבל חצר דקטן אינו קונה דהא חצר דידיה הוי משום שליח וצריך הסמכות והחצר משתמר לדעתו וזהו הסמכות החצר וכמו שלא מהני מינוי שלו לשליח כן לא מהני שימור לדעתו למינוי החצר. — ומה דהקשה הנתיבות מה דכ"א שאמר חצר משום יד אתרבאי ולא מחלק בין גברא לאשה לק"מ דלא נחית כלל להא וכמ"ש הש"ע בשם הר"ן על הא דר"ה ע"ש אבל באמת לא הוי יד אלא באשה:

ואמנם הקושי' יותר קשה היא על הרא"ה שכ' ב"מ דבשדה שאינה משתמרת שצריך לעמוד בצידו ה"ט דקונה משום יד דכל שאינו משתמרת אין ראוי לקנות בתורת שליח וצריך לעמוד בצידו לקנות משום יד. — וזהו וודאי שלא דהא הרא"ה גופו סבירא דעת הרי"ף דכל חצר דגברא לא הוי אלא משום שליח וא"כ הוא סותר א"ע וזהו הקושי' דהקו להגאון נתיבות ז"ל לסתור אלי כללא. — והנה ראיתי במהרי"ט אלגאזי בכורות ע"ו וע"ז גם בספרו הל' על הרב ברכת הזבח וז"ל דהא הרי"ף והרא"ה ורוב הפוסקים ס"ל חצר משום שליחות עכ"ל והנה העירב הגאון ז"ל בי' הרא"ה עם אותן הראשונים והרא"ה הא סובר משום יד כשעומד בצידו. — וכן בכוב"י מהד"ק הסוי פ"א ופ"ב כי מרבות על אים כיצו, הגאון מוה"ה לבי ז"ל על שכי חצר משום יד ותמה עליו והנה אחר שהרא"ה סובר כן איך תמה עליו כ"כ ועמדתי משתומם הכי נעלמו דברי הרא"ה מכל הני גאונים ז"ל:

ואחר היגיעה שיגעתי מצאתי בע"ה פתח הדבר ואומר אני שגם הרא"ה מודה לכלל זה כמו שהביא בשם הרי"ף דכל חצר דגברא משום שליח אתרבאי, אלא שסברתו היא כמו שאבאר דהנה יש לנו שני מיני חצר א' חצר המשתמר לדעתו והוא החצר הראוי להיות שליח ב' חצר שאינו משתמר ואינו ראוי להיות שליח וכמ"ש הרא"ה אבל כשיעמוד בצידו ראוי להיות כידו והנה חצר זה כשעומד בצידו הוא יותר טוב מחצר הראשון דהא אפי' יד יכול להיות. — והנה לדעת הרי"ף דכל חצר דגברא הוא משום שליח וא"כ הכי נאמר דלא מהני אלא חצר הראשון אבל חצר השני לא מהני? וזהו כנגד הסברא שנאמר דווקא חצר שאינו עומד בצידו ומשתמר מכבר הוא דמהני אף שהוא גרוע מחצר זה דהא אינו ראוי להיות יד וחצר זה שיש בו גם אותה מעלה שראוי להיות יד לא מהני כלל. — ואשר ע"כ סובר הרא"ה דהכי פי' ואכן הכי אמרינן כל חצר שנתרבה לאיש לא נתרבה אלא משום שליחות בין החצר שהוא ראוי לשליח ובין החצר שהוא עומד בצידו והוי יד מ"מ לא מהני הך יד לאיש אלא משום שליחות וכל שאינו עושה שליח גם חצר זה של יד לא קני לו משברא דהא אכן לא ידעינן חצר באיש אלא משום שנתרבה מקרא דהמצא תמצא וא"כ לא יוכל למילף משם אלא למאן דמהני שליח והוא יש לו חצר בין משתמר שהוא כשליח ובין אינו משתמר והוא עומד בצידו שהוא מטעם יד ומ"מ יד זו של חצר לא נתרבה אללו אלא משום שליחות דהיינו באדם שיש לו כח לעשות שליח אבל לא בקטן דאף שיש לו יד בידו ממש מ"מ לא נתרבה לו חצר כלל דהא כל חצר לא נתרבה אלא משום שליחות אלא דמי שיש לו שליחות יש לו גם אותו חצר שהוא יד. משא"כ אשה שחצר שלה נתרבה מכח יד הכי חצר שלה מהני גם לקטנה. — ולא"כ נאמר כולא שביילי הרי"ף והרא"ה במקומו אף לדעת הרא"ה כן נראה לי בדברי דהך מלתא והנה אתה נכון בק"ד. וכיולא בזה כ' הש"ך רמ"ג סק"י על ר"א להוכיח דעת הרכב"ר דיד זו לא גרע משליחות וכ"ל אף שהיא יד באשה מ"מ לא גרע משליחות ע"ש וכן אני אומר יד זה שכי הרא"ה הוא באיש רק מטעם שליחות:

ואי קשי' לפ"ז אמאי ל"ק חצר לקטן בזכות גמור כמו ידו כשעומד בצידו הא חצר זה א"ל הסמכות דהא הוי חצר יד ואי דלא מהני אלא כשיכול לעשות שליח הא בזכות יש לו שליחות לדעת התוס' והרא"ה הכי"ל לק"מ דהא כבר כתבנו לעיל בדעת הרמ"א דהוא ג"כ סובר אין זכייה לקטן אלא מדרבנן וכיון דאין לו זכייה עפ"ה דהיינו משום שאין לו שליחות ודלא כתי' בתרא של התוס' בכתובות וא"כ עפ"ה אין לו חצר אפי' אותו דיד ולא תקינו לו רבנן חצר במציאה כלל. —

שוב עיינתי בקצה"ח סי' קל"ד ס"ק ב' הכי שם וז"ל וזה ליתא לענ"ד דאי כיתא דאין לו חצר גם בסמוך ל"ל כו' ע"ש שלא הביא דברי הרא"ה וברור אצלי שהוא מפרש כמ"ש דאף אותו חצר שהוא משום יד ל"ל אלא לבר שליחות ע"ש. — עוד הקשו על הראשונים הללו דאי חצר דגברא משום שליחות א"כ איך קונה חצר לנכרי כמבואר בע"ז דף ע"א הא אין שליחות לנכרי ובמחצית השקל הביא מכח זה למכור החמץ ע"י חצר ולנכריות משום דלאשה יש חצר יד. — אבל בקצה"ח כי שאין חילוק בנכרי בין גברא לאשה כיון שאינה בתורת גיטין הדין עמו. אבל על עיקר הקושי' תי' הגאון קצה"ח הי' נכון מאד ע"ש. ועיין ריט"א אלגאזי בכורות דף ע"ז שמפיק שם ג"כ דהא דיש חצר לנכרי היינו מטעם הכי שמ"ב דנכרי לנכרי חברים עושה ונעשה שליח ע"ש וש"ך סי' רמ"ג הביא דברי שמ"ב לפסיעות ע"ש ובמל"מ פ"ב משלוחין:

דין ב.

חצר המשתמרת באיזה אופן מיקרי משתמר.

כבר נתבאר דאין חצר קונה אלא אם הוא משתמר לדעתו. ואמר הש"ס אבל חצר שאינו משתמרת אי עומד בצידו אין אי לא לא. פרש"י ותוס' דאי עומד בצידו הרי זה משתמר על ידו והקשה בתי"ם דא"כ שהעמידה בצידו לא צריכא אלא לעשותו משתמר א"כ בירה גדולה כמה מילין מאי"ל ואיך נשמר על ידו. — ועוד הקשה דא"כ מאי פריך על הך דר"ג וכי בצד שדיהו של ר"ג היו עומדים הא אפי' אם היו עומדים שם לא מהני כיון דביתו של ר"ג לא נשתמר לזקנים כמ"ש התוס' דהתבואה מעורבת וא"כ לא מהני עמידתם בצד שדיהו ויותר הי' לגמ' להקשות הא אינה משתמרת להם ולכן פי' התי"ם דלא כרש"י אלא הא דמהני עומד בצידו ה"ט דאז יפה כחו שקונה משום יד ע"ש. — והנה אף דהרא"ה כתב פי' כן ודלא כרש"י ותוס' מ"מ דברי התי"ם תמוהים אצלי מאד דמשמע דאי עומד בצד שדיהו ל"ל משתמר כלל ודבר זה לפע"ג דהא עולא ור"א דפליגי בגיטין דעולא סובר כידה מה ידה בסמוכה ור"א סובר מה ידה משתמרת לא פליגי אלא לענין סמיכה דעולא בעי אף סמוכה ור"א לא בעי אלא משתמרת אבל וודאי בהא כ"ע מודי דבעינן דומיא דידה דבעי משתמרת כידה ואי לא משתמרת וודאי שאינו דומה לידה כלל ולא מהני לכ"ע וא"כ אנן דקיי"ל כעולא בעינן תרתי סמוכה ומשתמרת ולפ"ז עדיין קשה קושי' התי"ם בירה גדולה מאי"ל וכן כי הר"ן שם בהזורק נתן גט כשהיא ישינה אינה מגו' וכי דלפע"ג דלא בעינן דעתה מקום המשתמרת בעינן וכשהיא ישינה לא מינטר כו' ועיסו בחצירה כיון דבעינן שתהיה עומדת כו' כל שהיא ישינה אינה מגר' ע"י חצירה עכ"ל וע"כ ה"ט דלא מינטר החצר כשהיא ישינה וא"כ שדה גדולה נמי לא מינטר ולא הוי דומי' דיד ואף שאם נתן הגט בחצר המשתמרת והיא ישינה מסתפק הקצה"ח משום שהיא סמוכה היינו במשתמרת אבל אינה משתמרת וודאי לא מהני וכן ביאר הב"י באה"ע עד שיאמר זכתה ע"ש. שוב מצאתי כן בב"י שאם היתה שדה גדולה עד שאם עומד במזרחו אין מערבו משתמר לא מהני אפי' עומדת בצידו — ואין לחלק בזה בין גט לממון היכא שהחצר מטעם יד. — שוב מצאתי להמקנה בק"א לקדושין שהרגיש בקושית התי"ם לרש"י וכי לחלק בין גט למתנה ומציאה. ולענ"ד לא נראה כלל לחלק בזה כל היכא שהחצר יד. — ובע"ז שם תמה על רש"י וקיים שאין חילוק בין קטן לגדול. ונראה שהע"ז הבין דרש"י מיירי בחצר המשתמרת ומ"מ לא מהני חצר גדול ומש"ה הקשה עליו אבל באמת לא מיירי רש"י אלא מחצר שאינו משתמרת ובזה ודאי שהדין עמו שאם הוא גדול ולא משתמר לא קני באותו צד וקמ"ל רש"י דלא קני מה שעומד בצידו דהוי יד אלא הכתי בעינן סמוך ומשתמר ויפה כי הדרישה שהטור כיון לשני הפירושים לרש"י והב"י, ותמיהת הע"ז ליתא ודו"ק:

והנה הרא"ה הוא ג"כ פי' כאן דלא כרש"י אלא דכשעומד בצידו הוי יד ומ"מ אין ספק אצלי דבעי ג"כ משתמר וכשהחצר גדול כל שאינו משתמר לא קני, וכן מצאתי להרא"ש ז"ל פ"ב דב"מ גבי מלא בהנות הכי וז"ל ואפי' איתא בהנות לא מהני עומד בצד חצירו אלא היכא דמצי נשמרו ויכול לעכב שלא יטלוהו אחרים אבל הכא כו' ורבים מצויין שם לא קני חצירו עכ"ל והנה כ' בפי' דאפי' עומד שם והוא יד לפי דעת הרא"ה כמו שהבאתיו לעיל מ"מ צריך ג"כ משתמר — ומה שהקשה התי"ם על פרש"י ותוס' דאפי' היו עומדים שם הזקנים לא הי' מהני דהתבואה מעורבת לע"ד לק"מ לפמ"ש התוס' גיטין דף ע"ט ע"ב ד"ה הניחה וז"ל ועוד י"ל דמיירי שהיה באין כו' ומיירי שהשדה עומדת בצד חצרה הלכך ס"ל חצר המשתמרת כו' אבל גבי זקנים כו' כיון שהזקנים לא היו עומדים שם עכ"ל והנה כתבו התוס' בפי' שאם היו עומדים בצד הבית הי' ג"כ משתמר על ידם אף שהתבואה מעורבת מ"מ היו יכולין לשמור שלא יטלו חלקם וקני בהכי:

והנה יש לראות דהרא"ה ג"כ פי' דלא כרש"י ותוס' אלא שאם עומד בצדו הוי משום יד, ואמאי כ"ד הרא"ה ז"ל מפי' רש"י הא קושי' התי"ם כבר ישבנו וגם א"א דסובר הרא"ה דצ"ל משתמרת כשעומד בצדו וכמו שהוכחנו גם מהרא"ה עצמו וא"כ למה לא פי' כרש"י וגם מאי נ"מ בזה. — ונראה דלשון הש"ס קשיתיה דאמר אבל אינו משתמרת אי עומד בצד שדהו אין אי לא לא ואי כפרש"י דצ"ל עמידה אלא שיהי' משתמר על ידו א"כ מאי קאמר הי עומד אין אי לא לא ולמה תלה זאת בעמידה לא הל"ל אלא אי משתמר אין אי לא לא ומילא ידענא שצריך או משתמרת מכבר או עתה על

ידו ונקיל הנ"ל אינה משתמרת לא קני עד שישמר א"ו בדוקא נקיט עומד לסוגות דכל שלא משתמרת מכבר א"כ אינו קונה בגדר שליח אלא ע"כ צריך עומד שיהי' ידו, וזהו דקדק נכון שדקדקו הרא"ש לפרש כן, ועוד דקדק אחד יותר מזה יש כאן דמדאמר עומד בצד שדהו בצדו דוקא משמע כפי' הרא"ש דאי לפרש"י למה לו לעמוד דוקא בצד שדהו בשמירה הא סגי כשיעמוד כ"כ סמוך עד שיכול לראות בו לשמרו ולמה צריך לעמוד ולנגוע דוקא בקצהו א"ו מוכח שצריך שמירה ונוגע דייקא בשדה משום שצריך להיות ידו בשמירה מגזה"כ דומיא דידו, וזהו הנ"מ שבין רש"י להרא"ש לענין דינא דאמת דלרש"י א"צ שמירה דוקא אלא כדי שיכול לשמרו סגי ולהרא"ש צריך שמירה ממש, אבל אין לומר דאיכא עוד נ"מ לענין קטן דלרש"י לא מהני עומד בצדו משום שהוא ג"כ רק שליח ול"ק לי' לקטן ולהרא"ש מהני, זה אינו דהא כבר כתבנו לעיל דגם הרא"ש מודה דכללא הוא כל חצר דגברא משום שליח ואף האי חצר דהוי יד מ"מ לא קנה אלא משום שליח ולמי שיכול לעשות שליח ע"ש ובאמת הא דהוי משום יד וקונה לה האי חצר:

והנה בש"ע כי הרמ"א וי"א שצריך לעמוד בתוכו אבל חוצה לו לא ע"כ, וכנראה שזהו דעת הרא"ש דלדעת רש"י ותוס' ודאי שא"צ לעמוד בתוכו ממש ואפי' חוצה לו א"צ לנגוע בו אלא לשמרו א"ו דזהו דעת הרא"ש שצריך להיות משום יד כל דאינו משתמר מכבר, ועיין לקמן בדין כלי ש"א מ"ש שם מדין זה שכ' הרמ"א.— ובממון נ"ל ברור דלדעת רש"י ותוס' כאן ל"צ בתוכה, והא שכתבו בעירובין דבעינן בתוכה הייני בגט שצריכא ע"כ להיות משום ידה אבל בממון לא:

ולענין חצר משתמרת ואיזהו מיקרי משתמרת כי הנתיבות דכל שיש לו מחיצות מקרי משתמר וא"צ להיות נעול במנעל ודוקא מקום מגולה הוי אינה משתמר, והנה הא ודאי דכל שאין לו מחיצות לא הוי משתמר וכן כי הריטב"א על הך דר"ג דאף שביתו משתמר מ"מ כיון שלא הקנה להם כל הבית אלא מקום המעשר והוא מקום שאינו מקוים במחיצות לא מיקרי משתמר אלא למי שהבית שלו ע"כ, וכן כי הסמ"ע על הא שכי התוס' שהיו הפי' מעורבין והובא כן בש"ע וכי' דלאו דוקא מעורבין אלא כל שלא נחלק לגמרי וכן כי בהג"מ שאם אין הפסק, וכנראה דבעי' הפסק מחיצה. — הן אמת דלפי מה שכתב הרא"ש שהבאתי לעיל דמש"ה ל"ק במצא בחנות משום שלא ידע לשמור מהנכנסים שלא יטלוהו ולא הוי משתמרת אף דכל החנות הוי חצר שלו וא"כ קשה בהא דר"ג שכתבו התוס' משום דהתבואה מעורבת דמשמע שאם הי' הפסק הי' מהני וכן מ"ש הריטב"א משום שלא השכיר להם כל הבית, הא אפי' אם הי' כל הבית מושכר להם מ"מ כיון שבני ביתו של ר"ג יכולין ליטול מהתבואה באין מוחה א"כ לא הוי משתמר לזקנים וגם מה הי' מהני כאן הפסק מחיצה כיון שב"ב יכולים ליקח והוי כמו מצא בחנות דאף שכל החנות שלו מ"מ יכולים ליטלה אחרים משום שלא ידע לשמרה וא"כ כל שיכולין אחרים ליטלה לא הוי משתמרת לו וצע"ג, ונלע"ד דלהרא"ש באמת לא מהני אפי' אם הי' משכיר להם ר"ג כל הבית כל שלא עמדו שם לשמור מב"ב של ר"ג ולא תפרש כמו שפי' התוס' דמשום שהתבואה מעורבת, והתוס' הא שם תירצו הך דמצא בחנות באופן אחר דה"ע משום שלא קנה חצר אלא דבר שסופו להמצא וא"כ לפ"ז הוי להתוס' הך דחנות חצר משתמרת, באופן שאם הי' דבר גדול בחנות שסופו להמצא הי' החנות קונה דהוי משתמרת משום דכל החנות שלו והוי משתמרת אף שיכולין אחרים ליטלוה לא חיישינן לכך.— גם מ"ש הגאון נתיבות ז"ל דכל שיש לו מחיצות הוי משתמרת כנראה דלאו כללא הוא שאם הורגה עומדת בשדה שלו אף שיש לה מחיצות ודאי שאין שום אדם מניח בה תפיליו כיון שאין דרך בה ורשות לכל אדם לכנוס בתוכה לא משתמר כלל:

וכן נראה ממ"ש התוס' ב"מ דף י"א ד"ה היא וז"ל ועוד דמסתמא ביתו ודאי משתמר הוא שאמר שם המשכון עכ"ל ונראה בפי' דיש בית שאינו משתמר אף שהוא בית במחיצות דאל"ה לא הי' להם להתוס' לומר אלא ועוד דהמשכון ודאי בביתו הוי אלא ודאי דאיכא בית שאינו משתמר וכן הסברא דהא חצר שמשתמרת לאו גזה"כ הוא אלא סברא דכל שאינו משתמר אין אדם מניח שם תפיליו וא"כ מה לי שדה ומה לי דיש מחיצות בשדה כל שהוא מחיצה ממעט הנכנסים והיוצאים תו לאו משתמר, וזהו ודאי שא"צ שיהי' נעול במנעל אבל עכ"פ צריך שיהיה מקום דבדילי אינשי מיניה דהיינו שאין רשות לאחרים לכנוס בתוכו בלי רשות בעליו ואז הוי מקום משתמרת דאף שאינו נעול ויש לחוש לגנבים מכל מקום מגנבי לא איירינן אבל אם בני אדם נכנסים ברשות ואין מוחה לא הוי משתמר לכ"ע כן נראה לי ברור, וסברא זו דבדילי ולא בדילי איתא בב"מ דף ק"ב גבי יצא שם מציאה בעיר דאמרי' כיון שיצא לו שם מציאה בעיר בדילי אינשי מיניה והוי ליה משתמרת, אם כן חזינן דצריך שיהיה החצר בדילי מיניה:

דין ג.

דעת אחרת מקנה ל"צ משתמרת לדעתו.

דעת הרא"ש והר"ן קיי"ל דבדעת אחרת מקנה ל"צ משתמרת לדעת המקבל וסגי אם משומר לדעת המוכר, והרי"ף והר"ן לא פסקו הך דר"ם והובא בש"ע שני דיעות הללו. — והנה לדעת הרא"ש צריך להבין דלפי מ"ש דאם אין משתמרת צריך לעמוד בצידו כדי שיהי' מכח ידו וא"כ מאי מהני מה שמשומר לדעת המוכר הא לדעתו אפי' אם הי' המקבל עומד ושומר לא מהני אם לא בשמירה ממש ונוגע שיהי' דומי' לידו וא"כ הא אם עומד המוכר תוך החצר של לוקח מ"מ לא הוי בידו של לוקח משום זה וכיון דע"כ צריך להיות ידו של מקבל מאי מהני שמירת הנותן וכן הערה בנתיבות ע"ש דמחלק בין היכא שהחצר מהנותן להיכא שהנותן נתנה לחצר של מקבל ואינה משתמרת לו דלא מהני כמו שלא מהני אם הוא עצמו עומד ומשמר וסברתו ז"ל נכונה.— אבל לענ"ד לא משמע כן לחלק בהכי מדאמר ר"ם אהא דפריך בגמ' ואי לא עומד בצד שדהו לא מהני ואף דהא דר"ג איירי בהשכיר מ"מ הא דאמר עומד בצד שדהו אין איירי בחצר שלו שאינו משתמרת ואהא אר"ם דעת אחרת מקנה שאני וא"כ ר"ם אדלעיל קאי ומשמע אפי' בתוך שדיהו הדין כן. ועוד מדקא מקשה על ר"ם מגט וגט הא איירי בחצר שלה א"כ מוכח דר"ם גם בחצר שלו שאין משתמר אמרינן ול"ע. — לכן נראה לי דלעולם בחצר דמקבל שאין משתמר נמי מהני משתמר לדעת הנותן, ואף דלא מהני כשהוא עצמו עומד ומשמר אם לא משום יד מ"מ מהני כשהנותן משמר והטעם משום זכייה וכמ"ש הה"מ דבדעת אחרת מקנה יש בו דין זכייה ומש"ה סגי בקטן וגם בגדול לא בעי כוונת המקבל אלא כוונת הנותן וזהו משום זכייה ומש"ה גם בחצר לא בעינן משתמר למקבל אלא במציאה וכמו שצריך כוונה בעצמו לקנות אבל בדעת אחרת מקנה כמו דמהני כוונת נותן בקנין כן נמי שמירת הנותן לחצר ועיין לקמן מ"ש דהא דחצר שמשתמרת לא בעי כוונה משום דהא דמשתמרת לדעתו הוי כוונה לחצר וממילא דמש"ה מהני כוונת נותן ושימור של נותן נמי משום זכייה. — אחר כותבי מצאתי להגאון קצה"ח ז"ל סי' רל"ה סק"ד כמו שכתבתי שכי' וז"ל אלא נראה דהל"מ סובר כו' ובדעת אחרת מקנה מהני דעת נותן והוא מצד זכי' וה"נ מצינו כיוצא בזה בחצר שאינו משתמר כו' וכי' הרא"ש כיון שהוא שומר לדעת נותן סגי עכ"ל ושמחתי כמוצא שלל רב שכוונתי ב"ה לדעת הגאון ז"ל והסברא בכ"ז נראה דאף שאין אדם יכול לזכות בשלו ע"י עצמו לאחר הייכו משום שצריך להוציא הדבר מרשותו דאיך יקנה לאחר בעוד שהחפץ ברשותו אבל אם הוציא החפץ מרשותו ע"י שמעשה שנתנה ביד קטן או ליד גדול שאינו מכוון אף שאינו מכוון לקנות מ"מ כיון שהוציאה הנותן מרשותו כעשה הוא עצמו שליח של המקבל בכוונה זו וכן אפי' לקטן דהא בזכות יש לו שליחות גם לקטן וכדלעיל. — וא"כ כן נמי בשמירה זו כיון שהחפץ יצאה מרשות נותן לחצרו של מקבל אף שלא נשמר לדעת המקבל מ"מ הרי נכנסה לרשותו אלא שאינו יכול לקנותו בלא נשתמר ונעשה זו שליחו לשמור חצר המקבל ומהני. ואף שאם הי' המקבל עצמו משמר לא מהני אלא בעי עמידה בצידו שיהיה קונה משום יד מ"מ בזה האופן מהני דהא הנותן עומד שם והוי שליחו של המקבל וקונה לו החצר משום יד וכן אם היה חצר המשתמרת להנותן מכבר כמו בהא דר"ג והשכירו למקבל קונה לו חצרו כמו שהשליח יכול לזכות להביאו ע"י חצרו חפץ של אחר כמבואר לקמן כן נמי כיון שהחצר הוי של המקבל עתה מהני הא שנשתמר כבר מהנותן ואפי' אין הנותן עומד שם מ"מ נעשה זה שליחו בזכייה וזכה לו ע"י השימור שלו ומי שיבין לאמרו יראה שהדברים הללו הם ברורים כשמש בס"ד:

ובזה נוכל להבין מה דקשה על הטור שפסק באה"ע סי' ל' שאם זרק לה קדושין תוך חצירה משתמרת מקודשת וקשה מאי בעי משתמרת לדעתה הא היכי שדעת אחרת מקנה סגי בשימור לדעת הנותן וכן הקשו האחרונים. ותי' בנתה"מ לחלק בין מתנה למכר דבמתנה כיון דאתיי ליה בהכי דעת המקבל מסכמת לשמירת הנותן משא"כ במכירה דנראה דוחק קצת סברא זו. — ולפמ"ש א"ש מאד דהא דמהני שמירת הנותן ועמידתו בצידו אף שעמידת המקבל לא מהני אלא משום יד ולא מטעם שמירה ה"ע דמהני משום זכייה והוי הנותן שליחו של מקבל ואמנם דווקא במתנה דהוי זכות גמור ואיכא זכייה משא"כ במכירה שסובר הרא"ש דלא הוי זכות כמ"ש בפ"ב דכתובות בשם הרמ"ה הביאו הקצה"ח סי' רל"ה וא"כ כל דלא שייך דין זכייה לא מהני שמירת הנותן כלל:

והנה במציאה דליכא דעת אחרת מקנה צריך חצר שמשתמרת לדעתו וכן במתנה לדעת הרי"ף דלא פסק כר"ם, ויש להסתפק אם אמר המקבל לנותן הוי' אתה שלוחי לשמור חצרי אי מהני, ובתוס' גיטין ע"ע כתבו על הא דאמרי' בב"מ ק"ב הגזל של המשכיר דאף שהחצר מושכר למשכיר מן השוכר עצמו ה"ע דהשוכר הוי כמו שומר ושליחו של משכיר וכן כי הש"מ שאמר לו המשכיר אתה תשמור חצירי,

אלא

אלא דמ"מ עדיין יש להסתפק דאף דמהני במציאה מ"מ אם המשכיר מוכר חפץ לשוכר והחצר משומר מן המוכר עצמו אי מהני או לא דאפשר כמו דלא מהני שיזכה הוא עצמו חפץ שלו ללוקח כן נמי לא מהני שמירתו, או אפשר דמהני דשאני לזכות הוא עצמו החפץ שצריך שיצא מרשותו ולא יצא אבל בכה"ג שהחפץ יצא מרשותו ונכנס לחצירו של מקבל ואינו מחוסר אלא השמירה ולזה יכול להיות שלוחו. — והנה לדעת הרא"ש כבר נתבאר דהא דמהני דעת אחרת מקני ודי בשמירה הנותן הוי משום זכיי דהנותן מזכה לו וכמ"ש לעיל, אבל להנהו ראשונים דלא ס"ל הא דר"ש וא"כ ע"כ לא ס"ל דמהני, או אפשר דהא דלא מהני היינו בסתם אבל אם אמר לו המקבל ונעשה זה שליחו לכך אפשר דמהני, והא דלא מהני הגמ' כן דמיירי שאמרו הזקנים לר"ג תהי' אתה שליח לשמור שהחצר ה"ט משום דר"ג אין עתה בביתו ומה יעשה בשליחותם ומה שהחצר נשמר ממילא לר"ג בזה לא יכול ר"ג להיות שליחם כיון שאין לו מה לעשות עתה יותר ובלא מעשה ליכא מינוי שליחות ולא שייך שליחות כל היכי דליכא מינוי וכמ"ש הקצה"ח ריש ה"ל שלוחין בשם הרא"ש דברים ע"ש אבל כ"ש שפיר מהני לדעת הרא"ש שהיא משום זכיה ובזכיה לא בעינן מינוי שליחות ודו"ק בכ"ז, אבל מ"מ נראה שאם אמר המקבל לנותן אתה תהיי שלוחי לשמור והוא עשה כן ועמד אצל החצר מהני לכל השיטות כנ"ל ועיין עוד לקמן בדין מתנה וחצר כאחד מ"ש בשם הש"מ וליישב קו' המרדכי ע"ש:

דין ד׳.

חצר דאשה משום יד וצריך סמיכה או בתוכה.

תנן במתני' ר"ש הזורק ושיא בתוך ביתה או בתוך חצירה וכתבו רש"י ותוס' עירובין ל"ב בתוכה דווקא וכן כ' הש"מ וכן הובא בש"ע בשם י"א ולכאורה קשה בשלמא בגט שע"כ צריך להיות החצר יד ומש"ה צריך לעמוד בתוכה, משא"כ בממון שא"צ להיות אלא שליח וא"כ הא סגי במשתמר ולמה צריך בתוכו וא"כ אמאי הובא דיעה זו בח"מ לענין ממון ולא משמע דמיירי רק בקטנה. ונראה דהרמ"א סובר כדעת הרא"ש דכל חצר שאינו משתמר מכבר מעצמו אינו ראוי להיות שליח וע"כ צריך להיות יד ומש"ה צריך בתוכו אבל לפרש"י ותוס' שצריך לעמוד שם משום שיהי' משתמר וודאי שא"צ בממון לעמוד בתוכו. — ונלענ"ד דאף שכ' הרמ"א בתוכו מ"מ א"צ בתוכו ממש והא שאמרו בתוכו היינו בצידו ובתוכו ורמז עליו הש"ך סק"ד, וכוונתו שלא נטעה שצריך דווקא בתוכו ממש דכל הטעם שצריך בתוכו הוי משום שאם לא יעמוד קצת בתוכו א"א לצמצם שיהי' הא"ם דבוק ממש לקרקע ומש"ה סגי קצת בתוכו דהיינו בצידו ובתוכו כן נראה לי. — ובזה נסתר מ"ש הגאון נתיבות ז"ל והביא ראיה דכל כלי שיש לה מחילות מקרי חצר המשתמרת דאל"כ אלא צריך לעמוד בצידה א"כ הי' צריך לעמוד בתוכה ממש ואיך יעמוד תוך הכלי ע"ש ולפמ"ש לא קשה מידי דהא שצריך בצדו ובתוכו היינו בקרקע משום שא"א לצמצם אם לא יעמוד קצת בתוכו ואפשר שלא יגע בחצר כלל אבל בכלי שהאדם תופס בה בידו וא"כ הוא נוגע בה בציור א"צ לעמוד בתוכה דהגז"כ דומי' דידה אינה אלא סמיכה וכן נראה לי ברור מאד לדינא. — ועיין עוד לקמן בדין כלי של לוקח מה שדחיתי סברת הנתיבות דא"כ איך תתגרש אשה ע"י כלי שלה וקלתה הא בגט וודאי משום יד הוי א"ו שא"צ לעמוד בתוכה בכלי כלל:

דין ה׳.

חצר קונה שלא בכוונה ואינה משתמרת צריך שיאמר זכתה לי.

ראיתי לבאר הא דקיי"ל חצירו ש"א קונה שלא מדעתו ושלא בכוונה ואמאי הא כל קנין צריך כוונה לקנות או כוונת מקנה בדעת אחרת מקנה או כוונת קונה ובחצר ליכא שום כוונה וקונה. — ובפ"י כתב הטעם דא"צ כוונה משום דהוי שליח וכל שליח א"צ לכוונת משלח ומש"ה באינו משתמרת שצריך לעמוד בצידו והוא משום יד צריך לומר כדי לכוון ע"ש ולענ"ד עדיין אינו מיושב שפיר דהא בשליח עכ"פ השליח מכוון. וכן אינו מיושב לפרש"י ותוס' שעומד בצידו ומשתמר והוי ג"כ רק שליח ואמאי צריך לומר ול"ע: — והנה כן מוכח נמי מתוס' גיטין ס"א דידו קונה שלא בכוונה גבי אם ליקט ונתן ביד אע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אמר בהם אלא לספילם וכן פי' שם הר"ן והרשב"א ומוכח דכל ידו לא בעי כוונה. — וכן כתב במהרי"ט דידו וגופו לא בעי כוונה והנה נתבאר דידו ג"כ משום גופו קונה כחצרו. — ואמנם נראה ברור שזהו דווקא בדבר קטן כשטר וגט או כפירות שדרכן ליטלם ולתפוס בידו. וכן מוכח מהא דמתנה ע"מ להחזיר בסוכה מ"א שנתן ר"ג לר"י נטלו ויצא בו ומשמע דמיד שנטלו יצא וא"כ ידו הוי כחצירו דאל"כ קשה לדעת הרמב"ן דלא מהני מה"ת אלא חצרו ועיין מח"א משיכה סוף סי' ב' וזהו דלא כנתיבות דבעי כולו בידו. — אבל בדבר גדול שאין דרכו בכך אינו קונה בידו מטעם גופו אלא במעשה הגבהה וזו התולדה דמשיכה שתיקנו חז"ל לרי"י והחילוק רב ביניהם שהגבהה בדבר גדול צריכה כוונה וגם היא קונה אפי' בכליו של מוכר משום שהוא קונה במעשה הגבהה ולא ברשותו והא ראיה דאפי' מוגבה מכוחו דליכא בידו כלל קנה. — והנה במל"מ כתב לעיין בתוס' ב"ב כ"ד ד"ה אדעתא דז"ל שם ואין להקשות דאע"ג דאין דעתו אמטרי אמאי אין ידו קונה לו כו' אבל אם יודע ואין מתכוון לקנות ל"ק עכ"ל ונראה מדבריהם דחצר ויד לא בעי כוונה כלל ולכן הקשו אמאי אין ידו קונה לו אף שלא מדעת כמו חצר שא"צ שום כוונה וע"ז תירצו דהא כיון שיודע ואינו מתכוון גרע טפי דהוי כמו כוונה הפכית ואף דחצר קונה שלא מדעתו היינו משום דשם ליכא כוונה הפכית שאם הי' יודע הי' מתכוון וליכא כוונה הפכית שלא לקנות וכוונה לקנות לא בעינן אבל אם תופס בידו וידע ולא מתכוון הוי כמו שהיא מתכוון שלא לקנות דזה וודאי לא מהני. — וזהו דעת של התוס' בכור ומוכח בדבריהם כמהרי"ט דכוונה צ"ל לחצר ויד כנ"ל. — ול"ק לפ"ז מהא דב"ק כ"ט בהופך את הגלל אפי' לפמ"ש התוס' שם דמיירי מכליו או בידו מ"מ גם שם איכא הך טעמא דידע ולא מתכוון וגרע טפי. — ולפרש"י פשטות הגמ' מיירי מהגבהה והגבהה וודאי בעי כוונה. — כמו שנכתוב לקמן אי"ה. — ועוד דהא גלל אין דרכו לתפוס בידו ול"ק משום חצר ובטעמא דהך מילתא נראה לי דאף שכל קנין שנעשה ע"י מעשה צריך כוונה לקנות ה"ט משום דסתמה של מעשה הוא אינה עומדת לכך ור"ל שסתם המושך בהמה או מגביה חפץ אין מעשה זו מורה שהחפץ זה שלו ולכך צריך כוונה אבל חצר שמניח בו חפציו סתמא עומד לכך שמה שנמצא בו הוי של בעל החצר א"כ מש"ה ל"צ שום כוונה דסתמא הוי כמתכוון שהרי החצר זה עומד לכך לקבל חפציו של בעליו דווקא וזהו סברא ברורה. אבל כוונה הפכית לא מהני כמו דאמרינן בכל סתמא שאם מתכוון להיפך שאינו רוצה לקנות לא מהני הסתם. — והנה מש"ה דווקא במשתמר מכבר א"צ לכוון אבל חצר שאינו משתמרת אלא שעומד בצידו בין לפרש"י שהיא משתמרת על ידו ובין לשי' הרא"ש שהוא מטעם יד מ"מ צריך לומר זכתה לי לשי' הנ"ל. — והטעם דכל שאינו משתמרת א"כ אין החצר זה עומד סתמא לכך דהא אינו משתמרת מכבר ואינו עומד להניח בו חפציו ורק עתה רוצה לקנות על ידו ולכך צריך כוונה וזהו הנ"ל ברור כשמש בס"ד. — והנה במח"א כ' בטעם המצריכים לומר זכתה משום דכל חצר דאינו משתמר שליחות וכל שליח צריך שיעשנו שליח ולכך כשאינו משתמר צריך לומר כן כדי שיתמנה עי"כ לשליח ועיין לעיל מ"ש ע"ש סברא זו דין א' שם. — ועל הטעם שכ' המח"א קשה לי הא הרמ"א פוסק שצריך לעמוד בתוך החצר וביארנו לעיל דע"כ כהרא"ש ס"ל דעומד בצידו משום יד וא"כ לא הי' צריך לומר זכתה לי דלאו משום שליחות הוי וא"כ בסי' רמ"ג שכ' הב"י שצריך לומר זכתה וע"ז כ' הרמ"א שם ויש חולקין כמו שנתבאר לעיל וכוונתו דלעיל נתבאר דקיי"ל כר"ש דבמתנה א"צ לעמוד בצדו ומשמע דבמציאה שצריך לעמוד בצידו מודה הרמ"א להב"י שצריך ג"כ לומר זכתה לי וזה אינו לטעם של המח"א וא"כ אמאי לא השיג הרמ"א גם בזה שא"צ לומר במציאה ול"ע. — וע"כ נ"ל כמ"ש דכל הטעם הוי משום דמשתמרת מקודם קונה בלא כוונה משום שסתמא לכך עומד משא"כ אינה משתמרת צריך שיאמר כדי לכוון לקנין ובין משום שליח בין משום יד ואין חילוק כנ"ל נכון. — ומיהו וודאי דבדעת אחרת מקנה א"צ לומר כלום לכל הדיעות וכמ"ש לעיל:

ודע שראיתי להגאון נתיבות ז"ל שכ' דהגבהה מטעם יד קונה וקונה שלא בכוונה ודבר זה לענ"ד שהגבהה ומשיכה לאו משום ידו דרשותו קונה אלא במעשה הקנין נעשה דאי משום ידו דרשותו א"כ אמאי מהני הגבהה בכליו של מוכר כמ"ש הרשב"ם ב"ב כמו משיכה ואלא וודאי הם אינם קונים אלא במעשה ולא ברשות ובעי כוונת קנין וכבר כתבתי כן לעיל בדיני הגבהה ולע"ג:

דין ו׳.

חצר מהלכת.

איתא בב"מ בש"ס חצר מהלכת אינו קונה ואמרי' בגיטין ע"ח דבעינן כפות וישן כן מבואר שם לפרש"י ותוס' להמעיין שם כפות בעינן שלא יהיה מהלכת וישן כדי שיהי' משתמר לדעת האשה וכתבו בתוספת שם דכל היכא דאיתא בש"ס כפות תרתי בעינן ודלא כהריטב"א שכתב שאם היו ידיו ורגליו כפותים לא בעינן ישן ועיין פי' הרי"ף ובנוסחאי כליו, והקשה הרא"ש אמאי מהני ישן לענין שהוא משתמר לדעתה ולא מהני לענין שלא יהי' מהלכת ותירץ דהא דבעינן משתמרת הי"א מכח סברא שאין אדם מניח חפציו אלא במקום משומר ומש"ה סגי בישן שהוא משומר לדעתו אבל חצר מהלכת שהוא משום גזה"כ דומיא דידה ולכך לא מהני ישן דלא הוי דומיא דידה שהיא נייחא תמיד משא"כ ישן שראוי לנעור ולכן צריך דווקא כפות דזה הוי דומי' דידה ממש. — עוד הקשה הרא"ש אמאי לא מהני בממון חצר מהלכת הא בממון הוי שליח ושליח מהלך הוא ותי' דמ"מ כיון דמידה גמרינן צריך להיות דומה לידה וסברא זו כתבו התוס' ג"כ גיטין כ"א דדוקא לענין שלא בפניו א"צ להיות דומה אבל לשאר מילי צריך להיות דומה ע"ש, ולכאורה סברא זו צריכא ביאור דמ"ש שלא בפניו משאר מילי. — ונראה הסברא משום דכל חצר צריך

להיות באופן שאם יהיו הבעלים כאן יהי' שלו יד ואז אף אם אין הבעלים כאן יכול להיות שליח, אבל אם החצר אינו יכול להיות יד בשום אופן אז אפי' שליח לא הוי דלא שלו הוא והטעם בזה דהא בהיא שלא בפניו אין זה חסרון כלל דהא זכין לאדם שלא בפניו אבל חסרון שבחצר שאם אפי' היו בעלים כאן לא הוי מהני זה הוי חסרון בגוף החצר ולא מהני כלום וזה פשוט :

אמנם מ"ש הרא"ש דמש"ה לא סגי בישן לענין מהלכת אף דמהני למשתמרת משום דמשתמרת הוי מכח סברא לא זכיתי להבין דהא איכא תרי גוונא משתמרת חדא שלא יהי' כשדה שאינו משתמר כלל ותו ודאי סברא הוא אבל הא דבעינן בגט שצריך שיהי' העבד דוקא לדעתה לחודא משתמר ושאם הוא ניעור אף דמשתמר גם לדעתה מ"מ כיון דגם לדעת של עבד משתמר לא מהני ואפי' כפות זהו לא ידענא ביה שום סברא דהא סוף סוף משתמר הוא לדעתה ושפיר מניח אדם ספלו בחצר כזה אלא שהוא משתמר גם שלא לדעתה דהיינו גם לדעת העבד ופסול מכח גזה"כ דלא הוי דומי' דידה שאינה משתמרת אלא לדעת אדם לחודא אבל סברא ליכא כאן כמו מהלכת וא"כ עדיין קשה מאי חילוק ולע"ג : והנה ברא"ש לא נמצא כלל סברא זו שצריך שיהי' משתמר דוקא לדעתה לחודא ואי משתמר גם לדעת העבד אף דמשתמר לדעתה היטב לא מהני, ואפשר דסובר הרא"ש שאם העבד ניעור תו לא משתמר היטב לדעתה ואף שהוא כפות ואינו יכול להלוך מ"מ אפשר דכל שהוא ניעור לא הוי שימור שלה שמירה. — אבל רש"י ז"ל פי' כן בפירוש להמעיין וכן מורה הלשון שאמר רבא ניעור אינו גט דהוי לי' חצר המשתמרת שלא לדעתה ואמאי לא אמר בפשוט דה"ל חצר שאינו משתמרת לדעתה אלא א"א להאמר כן דזה ודאי משתמרת לדעתה שפיר דהא כפות הוא ותוכל היא לשמרו היטב אלא החסרון הוא דהוי משתמרת גם שלא לדעתה דהיינו גם לדעת העבד וא"כ אין זו סברא אלא גזה"כ שאין דומי' דידה :

עוד נ"ל ברור דהך דינא של משתמרת לדעת העבד ולדעתה דלא מהני ליתא בממון כלל דהיינו אם הי' החצר משתמר לדעת העבד ולדעת בעליו מהני מסברא דהא שפיר משתמר הוא לדעתו ושם ליכא הך גזה"כ דבעינן דומיא דידה דהא משום שליחות הוא, אלא אי אמרי' סברת התוס' והרא"ש דאף דלענין שלא בפניו א"צ דומה מ"מ לענין שאר מילי צריך דומה ליד א"כ הוי דין זה כמו מהלכת ולא מהני גם משתמר לדעת העבד ולדעתו מ"מ קשה שאין לחלק ביניהם כלל וכשאלת קושי' הרא"ש. — ובש"מ ב"ק דף י"ב כ' שיטה אחת דבממון לא בעינן ישן אלא סגי בכפות לחודא וכי שם שמא בגט החמירו.— ואח"כ כ' בשם ר"י דבדעת אחרת מקנה לא בעינן אלא כפות דכל שדעת אחרת מקנה הוי חצר המשתמרת לדעת. — ומה שסיים שם כדמוכח פ"ק דגיטין נראה טעות הדפוס דלא נמצא כן בפ"ק דגיטין אבל בפ"ק דב"מ הוא דאמר ר"פ דעת אחרת מקנה שאני. — אבל מ"מ נראה ברור דהא דלא מהני כן בגט היינו משום דגט ע"כ צריך להיות משום יד ודומה ליד ולא מהני משתמרת לדעתו כיון שגם לדעת העבד משתמר אבל בממון לא בעינן דומי' דידו כלל.— אלא דלפ"ז תקשה אמאי בעינן כפות הא שליח מהלך הוא וכמו שהקשה הרא"ש ותוס' :

אשר ע"כ נלע"ד לתרץ שני קושי' הרא"ש באופן אחר והיא לפמ"ש הש"מ שם ב"ק שהבאתי וז"ל מה שאמרנו שחצר מהלכת לא קנה משום חצר שאינו משתמרת הוא שכל שמהלכת אינה משתמרת עכ"ל הצריך. — וברור לנו שכן מצאתי לרש"י ז"ל ב"מ דף ט' וז"ל וחצר מהלכת לא שמעינן דתקנה דכי אתרבאי מהאי תלמא גגו וחצירו אתרבאי דלא נייד ומשתמר עכ"ל. ויש ללמוד מדבריו הקדושים דעת אחרת בחצר מהלכת דלא כתוס' בגיטין והרא"ש שהזכר שהם פי' חצר מהלכת משום דומי' דיד בעינן ולכן הקשו קושייתם דאמאי בעינן דומי' דיד לענין חצר מהלכת ולא לענין שלא בפניו— אבל רש"י ז"ל פי' משום דנייד ולא משתמר וזהו מילתא דמסתבר שאין אדם מניח חפציו בחצר שהיא מהלכת ואין לך אינה משתמרת גדול מזו שיכול לברוח ואינו בוטח בו אבל משום יד לא צריך בממון כלל כמו דלא צריך כן לענין בפניו ולא"ק קו' התוס' והרא"ש וזהו ברור ואמת :

ומעתה מה שהקשה הרא"ש אמאי מהני ישן לענין משתמרת ולא מהני לענין מהלכת לק"מ דהנה כבר ביארנו דבגט איכא סברא אחרת של אינה משתמרת דלא הוי פסול אלא בגט והיינו הא דפרש"י בעבד כפות וניעור דאף שהוא משתמר לדעתה מ"מ גם לדעת עבד משתמר וזהו אינה סברא אבל היא משום גזה"כ שצריך בגט דומי' דידה. — ומעתה אומר הכי להיפוך ממ"ש הרא"ש דהא דמהני ישן לענין אינה משתמרת ה"ט משום דהא בגוזמת הוי משתמר לדעתה שפיר כל שהוא כפות אף שהוא ניעור וא"כ מכח סברא דחצר משתמרת ליכא כאן דהא הוא משתמר היטב אלא דאיכא עוד גזה"כ שצריך דומה לידה וכל שהוא ישן דלשעתה אינו משתמר לדעת עבד אלא לדעתה סגי דכל שהיא רק גזה"כ ואידך אין לך בו אלא חידושו ולא גזרה התורה כשהוא ישן דהא ברגע הקנין הוי דומה לידה. — אבל לענין מהלכת שהוא חצר שאינו משתמרת כלל דהרי יכול לברוח ואין אדם מניח בו חפציו ותו לא הוי חצר כלל מסברא דלא נתרבה כלל חצר כזה דנייד ולא משתמר ואפי' שליח לא הוי דניחא שליח משתמר וכאן אין שימור כלל ובזה ודאי א"ש דלא מהני ישן דהא בזו רגע יתעורר משנתו ויכול לברוח ולא מהני אלא כפות שאינו יכול לברוח בשום אופן, אבל בכפות דהוא החצר שנתרבה דלא נייד ומשתמר שפיר לדעתה וא"כ הוי חצר אלא דבגט צריך דומה לידה וכשישן הוא דומה ותו ליכא גזה"כ וכשר מכל צד כן נראה לי ברור כשמש בס"ד . — ויצא לנו לפ"ז לדעת רש"י ז"ל שיטה הנ"ל שהביא הש"מ דרק בגט בעינן כפות וישן משום דשם בעינן תרי גוונא משתמרת דהיינו לדעתה ושלא לדעת העבד משום גזה"כ דידה אבל בממון לא בעינן אלא משתמר לדעתו וכל שהיא כפות הא הוא משתמר היטב לדעתו והא דמשתמר גם לדעת העבד לא איכפת לן דלא בעינן בממון דומה לידו אלא סברא דמשתמרת דהא הוא שליח ולא יד כלל כנ"ל :

דין ז.

מתנה וחצר כאחד.

כתב הש"ך ס"קל"ח וכ"ב דלא מהני מתנה וחצר כאחד, ונמצא סברא זו בראשונים בהג"א בשם ראבי"ה פ"ב דב"מ וכן נמצא במרדכי ואף שדבריו מעורבים קצת מ"מ נמצא שם סברא זו דאין חצר קונה אלא בדבר הבא למכרו אחר שהחצר שלו אלא שנתן שם המרדכי עוד טעם שאין שליחו קונה לו אלא בדבר השוה והרגיל להיות וכמ"ש התוס' ג"כ סברא זו שם. — אבל מ"מ סברא זו איתא שם דלא אמרי' מתנה וחצר כאחד כמ"ש הש"ך וכן הביא הקה"ח. — וכן נמצא בריטב"א קידושין סוגי' דאגב ד"ה אמר חזקיה דל"ל מטעם חצר קנאו שנאמר עם ערים ומשמע כאחת וע"י חצר א"א לקנות כאחד זהו כוונתו למעיין שם.— אך הוא סותר א"ע שם מיד בדיבור שאח"ז. הקשה אי ס"ד בעי לצורין תיפוק ליה משום חצר ות"י באינה משתמרת, ואי ס"ד דהוא ס"ל כש"ך דאין מתנה וחצר כאחד קונים א"כ ל"ק קו' זו כלל דמשום חצר לא הי' קונה וא"כ סותר א"ע וכן הקשה בח"ס או"ח קי"ז ע"ש. — ולפי דעתי אינו סובר הריטב"א כהש"ך לגמרי דהש"ך סובר דלא קני החצר כאחד ולא אח"כ אם לא מקבל עליו פעם שנית ואומר תקנה לך חצירך . — והריטב"א סובר כאחד הוא דאינו קונה אבל אח"כ מיד הוא קונה בלא שום קבלה דחצר קונה שלא מדעתו אלא כאחד לא קני ומש"ה ת"י שפיר מתחלה דאי ס"ד מטעם חצר א"כ איך נאמר עם ערים דמשמע כאחד והא לא הוי כאחד ממש אלא תחילה קונה החצר ואח"כ קונה מטלטלין וא"כ מוכח דמשום אגב דבאגב באו כאחד ממש.— ואח"כ הקשה שפיר אי ס"ד לצורין בעינן א"כ קשה אקרא ל"ל אגב תיפוק ליה מטעם חצר דאף שאינו קונה כאחת ממש מ"מ ברגע אחר שקנה החצר הוא קנה ג"כ המטלטלין ול"ל אגב. — ובאמת דלפי מה שהבינו האחרונים בכוונת הש"ך דטעם שלו הוי משום דא"א לחול שני קנינים כאחת קשה מאוד דהם לא הוו כאחד מ"מ יחול קנין המטלטלין רגע אחת אחר שקנה את החצר ול"ל לקבל עליו אח"כ ולומר תקנה לך חצירך הא חצר קנה שלא מדעת ויקנה החצר אח"כ בלא אמירה כלל.— ולפי מה שהבנתי בריטב"א הנ"ל דאף שאינו קונה כאחד קונה אח"כ מיד נראה שיש בזה נ"מ לדינא כגון אם מכר לשני בני אדם לאחד מכר מטלטלין עם קרקע בתורת חצר ולאחד מכר אותם עם קרקע בקנין אגב ועשו שניהם כאחד קנין בהקרקע או שעשו שניהם שליח באופן שנעשה קנין קרקע לשניהם כאחד אזי אותו שקנה באגב קנה והשני ל"ק כלום משום דבאגב חל קנין מטלטלין כאחד עם הקרקע והשני לא קנה בתורת חצר אלא רגע אח"כ וקדם הראשון וקנה, אבל מ"מ קשה על סי' הש"ך אמאי ל"ק אח"כ בשלו . —

אשר ע"כ נ"ל לבאר טעם השיטה זו ואען ואומר דלא הוי טעמא משום דלא אפשר לחול כאחד שזו אינה סברא אבל טעם השיטה זו מבוארת היטב במרדכי שהבאתי ובהג"א ששם נאמר הטעם דלא קני חצרו של אדם אלא בדבר שבא למכרו אחר שהחצר שלו. ולא בדבר הבא לחצר קודם שהוא חצירו והנה אמר בפירוש דלא משום שא"א לקנינים אלו של החצר והחפץ להיות כאחד אלא משום שאין החצר קונה כלל בדבר הבא קודם לכן וא"כ לא קנה לא כאחד ולא אח"כ אם לא שקיבל עליו עוד פעם אחרת אחר שנעשה חצירו. — והסברא בזה היא לפי דעתי דכמו שבכל מעשה קנין שאדם עושה בחפץ צריך שיהי' החפץ אז בשעת הקנין ראוי לקנין וראוי לזה שעושה הקנין ובאם לא הי' חפץ זה ראוי לקנין בשעתה אף שאח"כ נעשית ראוי מ"מ תו לא מהני קנין שנעשה בו אז בעת שלא הי' ראוי אלא צריך קנין אחר כגון אם משך חפץ שאינה של מוכר זה אז בשעת משיכה לא מהני משיכה זו על אחר שקנה אותה המוכר כן נמי בקנין חצר נעשה מעשה הקנין שלו בעליאה בעת שנפלה למכרו או במכר בעת שקיבל עליו המוכר ואמר תקנה לך חצירך זהו מעשה של קנין חצר וא"כ אם בשעה שנעשה

שנעשה מעשה זו לא הי' השכר זה ראוי לקנות לו חפץ זה עד שהי' מחוסר מעשה קנין לשכר עצמו שיהי' של הקונה אז מיד נתבטלה אותה המעשה של קנין החפץ דהא אותה המעשה נעשה בשעה שלא היה ראוי לקנות ע"י שכר זה כלל ולא מהני הו מעשה זו לא כאחד ולא אח"כ אלא כשקיבל עליו השוכר אח"כ מחדש ונעשה מעשה אחרת ובמציאה דלא שייך מעשה אחרת דהא כבר נפלה לשכר זה לא אפשר לו שיקנה כלל. — ואם תשאל הלא גם בקנין אג"ק נמי הוא עושה אח"כ מעשה בקרקע זו וא"כ הי' קרקע זו מחוסרת מעשה קנין ומ"מ קנה החפץ עם הקרקע יחדיו לא קשה מידי דבאגב אותה מעשה קנין שהוא עושה בקרקע הוי גוף הקנין של החפץ ולא שאמירה שאמר קני לך הוי מעשה הקנין והא ראיה שאם אותה הקרקע של הקונה מכבר לא קנה כלום ע"י אמירה קני באגב ואלא המעשה שעושה בקנין הקרקע היא מעשה קנין לחפץ עצמו שכן דרכו של קנין אגב שהם דבר אחד הקרקע עם החפץ משא"כ שכר מעשה הקנין שהוא עושה בו שיהי' שלו אינה של החפץ כלל שאילו הי' שכר זה שלו קודם לא הי' צריך לקנין זה שעושה עתה בשכר והי' קונה את החפץ וא"כ כיון דמחוסר שכר זה קנין בעצמו שאין לו שייכות עם החפץ א"כ ה"ל שכר זה אינו ראוי לקנין שכר בעת שנעשה בו מעשה קנין החפץ דהיינו במציאה הנפילה בתוכו שאין לה בעלים ובדבר שיש לו בעלים שקבלה של הבעלים ואז מיד נתבטלה אותה מעשה ולכך קבלה אחרת אח"כ ובמציאה דליכא מעשה אחרת לא יכול לקנותה הו בשום פעם כן נראה לי סברת דברי ראשונים זו ברורה מאוד בס"ד:

ואחר שזכינו להבין דבריהם הקדושים כנוהם לתרץ כל הקושי' שהקשו שאמרו' ז"ל על שיטה זו. — והנה הקשה הקה"ח מהא דר"ג שהשכיר את מקומו לר"י ושני. — ועי"ל כאחד קני דאין לומר דמיירי שקיבל עליו. אח"כ שקנה השכר דהא הקשה המרדכי אהא דר"ש איך הוי דעת אחרת מקנה הא ע"ה א"מ ות"י דעם השכר הוי דעת מקנה גם על הע"ה וא"כ ע"כ צ"ל דשני הקנינים כאחד באו. — והנה לכאו' יש לתרץ פשוט דלאותן השיטות צ"ק לשם קושי' המרדכי כלל, דהם סוברים דהא דר"ש שאמר כן הוא סובר ט"ה הוי ממון וכן סובר רבא בנדרים ואליביה אר"ש דעת אחרת מקנה שאני ולמ"ד ט"ה ממון ליכא דעת מקנה ולמ"ד ט"ה אינה ממון ע"כ ר"ג באגב הקנה ולא בשכר וכן ביארתי לקמן א"ה על פי העיטור בשכר הסכורה ע"ש:

אלא דמ"מ קשה הא המרדכי גופיה הוא מאותן השיטות דס"ל כהש"ך — וא"כ קשה קו' הקה"ח. — ונראה לענ"ד דאדרבה בסברת המרדכי בתירוצו ניחא דהא כתבנו דסברת הש"ך הוי משום דשקיבל עליו הי' השכר מחוסר קנין לעצמו ואותו הקנין לא הוי קנין של החפץ דהא ראיה שאם השכר שלו מקודם לא הי' צריך עתה לקנין השכר והי' קונה את החפץ. — וא"כ הא תינח בשאר מטלטלין ושכר אבל בהך דר"ג דהוי ע"ה וליכא דעת אחרת מקנה ואי הי' אותו שכר של ר"י מקודם ואח"כ הקנה לו ר"ג התרומה לא הי' ר"י קונה אותה והשתא קונה משום דעם קנין השכר יחדיו הוי גם בע"ה דעת מקנה מכח מיגו דחל על השכר וא"כ כל שקנין השכר והחפץ תלוים יחד הוי כמו אגב וקונה שכר ומתנה כאחד שפיר דמעשה של קנין השכר הוי מעשה קנין להחפץ עצמו שאם לא הי' מוכרחים לעשות קנין לשכר וכ"ל שהי' שכר שלהם לא היו קונין התבואה ובכה"ג מהני שפיר כאחד שצריכים יחדיו וזה דבר שכל:

והנה בגיטין דף ע"ז איתא שם כמה פעמים גיטה ושכירה כאחד וגם משם הקשו על הש"ך — וכן קשה מגיטין כ"א, ונראה בס"ד השכל על נכון. — ותחילה איתא שם בר"ם דפריך מה שקנתה אשה קנה בעלה ומשני גיטה ושכירה באים כאחד וכן בעבד. — ונראה דלכאו' קשה שם אפי' לשי' החולקים על הש"ך וסוברים מתנה ושכר כאחד מהני מ"מ קשה איך אמרינן גיטה ושכירה באים כאחד דגרע טפי דהא אין לה לאשה זו עתה שום שכר עד שתקנה את הגט קודם וכמו במתנה שצריך להיות לו שכר קודם כן כאן צריך להיות לה גט קודם אלא דגרע ממתנה דבמתנה אפשר עכ"פ שיהי' שכר שלו קודם ואח"כ המתנה אבל בגט אם לא תקנה הגט לא יהי' לה שכר בשום אופן וא"כ איך תזכה את השכר ע"י הגט והגט ע"י השכר ואם אין לה גט אין לה שכר ואם אין לה שכר אין לה גט וא"כ מאי מהני לומר כאחד. — אמנם נראה אדרבה דמש"ה לק"מ על הש"ך דלהש"ך מש"ה צ"ק השכר משום שאין קנין שכר שייך להחפץ וכמ"ש אבל בגט ושכר זה שהם תלוים זה בזה עד שאם לא יקנה האחד א"א להשני לקנות בשום אופן וא"כ הגט והשכר הוי לה כדבר אחד ממש ולכך יכולין לקנות כאחד משא"כ מתנה דעלמא ושכר שאין קנין שכר שייך אלא לשכר עצמו ולא להחפץ שאם הי' שכר שלו מקודם הוא קונה את החפץ בו בלא קנין זה ומחוסר מעשה וכמ"ש לעיל וזה נכון. — ואמנם עוד יש שם שוני' אשה והיא בגט שכ"מ שאמר כתבו תגט ותפסה ותקנה השכר וגם ע"ז משני שם גיטה ושכרה כאחד — ומהא דמשני כנגד מה שקנתה אשה קנה בעלה דהיינו משום נכסי מלוג כבר ביארנו דהיא משום שהם שהם תלוים זה בזה דא"א להיות לה שכר בלא גט וקנין הגט הוא קנין השכר עצמו. — אבל שם ע"כ ג"כ צריך לומר מתנה ושכר כאחד בהא דשכ"מ והשכר אינה שלה לגמרי והיא תקנה עתה את השכר מהגט וזהו א"א לדעת הש"ך:

והנה ראיתי לאיזה אחרונים שרצו לתרץ קושי' זו בע"ם הקה"ח הי' ר"ל שקי"ב שנסתפק שם אי ניחא בשטר מתנה ג"כ השטר והשכר באו כאחד כמו בגט וכ' שם דאין מגט אשה ראיה למתנה וז"ל שם אלא ודאי דגבי אשה לא בעי רק ונתן בידה וכן בעבד וליכא תורת זכייה והקנאה בע"כ ומש"ע נמי נראה בהא דקי"ל כתבו על א"ה בשר כר ועיין לשון רש"י והיינו משום דלא בעינן התם זכייה רק ונתן בידה עכ"ל. — ולענ"ד נראה דמה שנקיט שגאון ז"ל תורת הקנאה בכדי נקיט כן ולאו דוקא דהא ודאי שאין בגט תורת זכייה דהיינו שהאשה אינה צריכה שתהי' זוכה בגט זה אבל תורת הקנאה יש בו וכ"ל שהבעל צריך לעשות בו מעשה קנין דמהני בכל קנין דעלמא וכשנתנו לה בידה הרי עשה מעשה קנין רשות שקונה בעלמא. דאל"ה אלא ונתן בידה לא הוי בתורת הקנאה אלא כמלות נתינה בלבד שיהיה הגט בידה ובזה הי' מגו' א"כ איך ילפינן מגט דין שכר ורשות לקנות בממון הא גט אין לו שום קנין ותורת קנין. — וכן איתא בכתובות צ"א דפליגי רש"י ותוס' שם דלרש"י כל גט צריך קנין וכן התוס' שם אינם חולקין ע"ז דגט צריך הקנאה אלא שהם סוברים דידה קונה לה מכח רשותה ול"ל קנין הגבהה ורש"י סובר דבעינן הגבהה ועיין ש"מ שם. — ועיקר הענין כ"ל דהא ודאי שהבעל צריך להקנות לה הגט במעשה קנין שמהני בעלמא אלא שאם הי' לא תרצה לזכות בו מ"מ הי' מגורשת בע"כ שהיא אינה צריכה לזכות בו אבל הבעל אם לא עשה בו מעשה קנין טוב לא מהני מידי וידה ג"כ מהני לה משום רשות דמהני בכל קנין והרי זה דומה לגנב וגזלן בקנינים שגם הוא צריך לעשות מעשה קנין המועיל במו"מ ואז חייב באונסין ואפי' עומד ולווה שאינו רוצה לקנות מ"מ תורת זכי' אין בו בגנב אבל תורת קנין יש בו דהיינו שצריך דוקא מעשה קנין וכן בגט וזה ברור. — וא"כ לפ"ז אין לתרץ הקושי' על הש"ך בסברא זו כלל דכמו דלא מהני מתנה ושכר כאחד בדין ממון כן נמי לא הוי מעשה קנין בגט וכל שאין כאן מעשה קנין המועיל בממון אינה מגורשת כלל וזהו ברור כשמש — ועיין עוד לקמן בשכר שכ"מ מ"ש בזה:

אמנם לענין הקושי' על הש"ך, הנה רש"י כשמר מזה ופי' שם שהיא קנתה הגט בקנין אג"ק, וא"כ אדרבה מוכח שגם רש"י ז"ל סובר כשי' הש"ך — וכן מצאתי להמ"ח ז"ל שכ' כן. — אבל לענ"ד פי' רש"י ז"ל בזה אם נפרש כפשוטו הוא שיטה תמוה וכמו שהקשה הר"ן דמאי מהני קנין אגב הא ונתן בידה כתיב, ויותר קשה לי דכן במלא בירושלמי פ' שני גיטין שנסתפק שם אם כתב לה על השדה ומסר לה השדה במסירה מהו מי אמרינן כיון שקנה במקח מגורשת או דילמא שני' בגט דכתיב ונתן בידה עד שיהי' כולו בידה ועלה שם בספק, ומזה נראה דסובר הירושלמי דלא מהני שום קנין בגט אלא קנין רשותה וידה וזהו כסברין ורשב"א ועיין קה"ח סי' כ"ב בקו"ד מ"ם דאף דלרש"י מהני אגב מ"מ ק"ם לא מהני וכדמוכח פ' מי שמת קנ"א דאמר שם מה גט דלאו בר קנין הוא, — וכי הקה"ח הטעם משום דבגט נתינה כתיב ומליפין דכך מו"מ הוא ע"ש. — ולפמ"ש בדין ט"ס לקמן דמוכח ממ"ם רש"י ז"ל שם ב"מ י"א בהא דאמר מתנות כהונה נתינה כתיבא בהו ומליפין דכך מו"מ ופרש"י דכראה כמוכרו לו וכראה מלשונו דבאמת לא הוי מו"מ כלל דהא כל קודר הדרה למרה ולא הוי שלו אלא ע"מ להקנות וא"כ מה"ת מותר ע"י ק"ם ומשני אלא מדרבנן אסור דכראה כמוכרו לו ויש לגזור אטו שיקח ממנו פרועה וזה ודאי אסור שם מה"ת ע"ם. — וא"כ בגט ה"י מהני בק"ם דהא באמת לא הוי דכך מו"מ ועיקרי נתינה, וגזירה זו דשם לא שייכא כאן ולי"ע על הקה"ח ז"ל. — ועיין נ"י גיטין דף כ' שכ' ג"כ שא"ל למסור לה את העבד מ"ד צ"ד אלא אם הקנה לה באחד מדרכי הקניות שקנתה את העבד מ"ד נתגרשה ועי"ש שדברי הגאונים הללו ז"ל לצ"ע שהעלימו עין מדברי הירושלמי שהבאתי שנסתפק דמבעי ליה לגמ' ירושלמי אי מהני מסירה וכן כל שאר קנין בגט דונתן בידה כתיב ולא מהני אלא חצר ויד. — ולפ"ז נראה ג"כ שאם הי' הגט אגוד במסירה והיא הגביה את המסירה באופן שהגט כולו מוגבה מכוחה ומידה מ"מ אינה מגורשת דלא מהני קנין הגבהה בגט לפי דעת הירושלמי אלא כולו בידה שקנתה מכח רשות. — ואם לא נמצא בגמ' דידן מפורש להיפוך נמה כשוה פלוגתא. — ואדרבה נראה ג"כ מגמ' ב"ב קכ"ט דלעיל דלא מהני שום קנין בגט דאמרי' שם דגט אינו בר קנין. — ואין לומר דקאי דוקא על ק"ם דמ"ם הא סברת הקה"ח לחלק בין ק"ם לשאר קנין כבר נדחה בדברינו לעיל. — אך אמנם הביא הקה"ח הי' רש"ם בשם ש"מ כתובות דלרש"י כל ידה דכתיב לאו משום רשות קונה אלא משום הגבהה ובגט נמי הייני דמגביה מן הארץ ג"ט ולאו משום רשותה וקלתה שאני שהיא משום רשות ע"ש וזה לפ"נ. — עוד קשה הינה לר"ל דמשיכה מה"ת והגבהה נמי משא"כ לר"י דליכא משיכה מה"ת וא"כ הגבהה נמי לא הוי קנין תורה וגם במציאה ומתנה נמי לא לדעת

רש"י והרמב"ן הבאתים לעיל וא"כ איך אפשר דוקא בידה דכתיב בגט הוי קנין הגבהה הא לא הוי קנין תורה כלל ואי נימא דהוי גזה"כ אף דלא הוי קנין כלל א"כ איך יליף קנין חצר מגט הא שם לא בעינן מעשה קנין כלל אלא דהך ונתן בידה הוי מכח רשותה לר"י וכיון שכן גם לר"ל צ"ל כן דבהא לא פליגי:

והנה אפי' אי נימא דרש"י ז"ל סובר ידה דגט הוי הגבהה והיינו משום דגזה"כ מ"מ קשה לומר דמהני שאר קנין בגט וכמו שהקשו הר"ן דהא ונתן בידה כתיב, וע"כ צ"ל לאדם דהא שכ' רש"י כאן דקנין אגב הוי ג"כ משום חצר וכמו שאבאר ול"ק קו' הר"ן דהכא הא שהקפידה התורה בידה או חצירה ה"נ משום שאם תעשה קנין אחר, אכתי אגוד הגט גביה דבעל וכן כ' הקצה"ח בהא דבעי לצורין והקשו האחרונים דאי מטעם אגב צ"ל לצורין ותי' הגאון ז"ל דאל"כ יהי' אגוד גבי' ע"ש— ולפ"ז מש"ה לא מהני שאר קנין שלא תעלנו בידו או ברשותה, דאף שהקנוהו מ"מ כל שהוא מונח ברשותו לא מהני משום אגוד וא"כ כיון שקנתה הגט עכ"פ מכח אג"ק ואינו מחוסר אלא להיות ברשותה ולענין זה מהני גם חצרה, ולפ"ז א"ש מאוד דרש"י לא רצה לפרש משום חצר דאי היתה צריכה את החצר לעשות קנין הגט לא היה מהני דהא סובר כהש"ך דחצר אינו קונה בדבר הבא קודם דהא מחוסר מעשה קנין לחצר עצמו וכמ"ש וכאן לא הי' מהני אפי' אם יחזור ויאמר אחר שקנתה החצר דה"ל עלי גינך מע"ג קרקע כל שאינה מגורשת באותו רגע שקנתה החצר ולכך פרש"י מכח אגב דהיינו שהקנין של הגט נעשה שפיר ע"י אגב דהא כמו שקונה כל החפץ כן נמי קנתה הגט באגב אלא דלא מהני לגט משום שאף שקנתה מ"מ צריך ברשותה משום אגוד ואלא לזה שפיר מהני החצר אף שבא הגט קודם לכן מ"מ באותה רגע שקנתה החצר הרי הגט ברשותה ומהני כאחד דהא לא הולך החצר לקנין כדי שיצא בו שאינו קונה משום שהי' מחוסר קנין בחצר דהא הקנין נעשה ע"י אג"ק ולענין שיהי' ברשותו ודאי בעת שקנתה החצר הגט ברשותה ומיושב קו' הר"ן דלא מהני אג"ק אלא לענין קנין הגט אבל באמת גם ונתן בידה איכא ע"י חצרה וזהו עצה מושכלת. — ועפ"ז יש ליישב דקדוק אחד עצום מאוד בסוגי' זו דקשה לי לפרש"י דפי' בקנין אגב א"כ מאי פריך ר' עילאי מה שקנתה אשה קנה בעלה הא קי"ל דקנין אגב יכול לקנות ע"י שאלה ושכירות קרקע וא"כ מכש"כ כשמקנה גוף הקרקע ודאי שקונה המטלטלין לגמרי אפי' לא קנה את הקרקע לפירות וא"כ כאן הא היא קנתה הקרקע דהיינו הגוף שלה ואף שהבעל קונה פירות מ"מ ע"י קני' הגוף תקנה היא את הגט לגמרי וזה לע"ג: אבל לפמ"ש א"ש מאוד דידע ר' עילאי דלאו מכח אגב לחודא מגורשת אלא גם משום חצרה ורשותה ושפיר פריך הא לא יצא מרשותו דבעל דמה שקנתה אשה קנה בעלה ומהני גיטה וחצר באין כאחד דלענין נכסי מלוג אמרי' כן אפי' לשיטת הש"ך כיון שקנין הגט הוא קנין החצר עצמו וכמש"ל וזה נכון:

והנה יש לי להביא ראי' לשי' הש"ך מסוגי' זו דאי נימא דהאשה מגורשת מכח חצר ולא כפירש"י א"כ ע"כ צ"ל דרבא סובר מתנה וחצר כאחד מהני ולפ"ז תקשה מאוד לפי הה"א של ר' עילאי דלא ידע מסברא של גיטה וחצרה כאחד למה הוצרך להקשות על רבא מכח מה שקנתה אשה קנה בעלה שזו לא הוי כ"כ קושי' גדולה דמ"מ עכ"פ הגוף שלה למה לא מקשי ליה קושי' עדיפא איך היא מגורשת ע"י חצר זה הא לא מהני מתנה וחצר כאחד לפי שיטתו דהשתא דל"א גיטה וחצירה כאחד לענין מה שקונה הבעל לפירות ומכ"ש דלא מהני לענין שתקנה היא חצר שאינה שלה כלל עם הגט יחדיו, וע"כ צריך שתקנה כאחד מטעם דאי תקנה החצר קודם וא"כ לא מהני הגט א"כ כלל דהא ה"ל עלי גינך מע"ג קרקע ולא מהני מה שיאמר אח"כ וא"כ ודאי שזו קושי' חמורה יותר מהקושי' שהקשה ר' עילאי מכח מה שקנתה אשה— אלא ודאי דידע ר' עילאי דהקנין הוי מכח אג"ק דמכח חצר א"א באמת דהא ל"א מתנה וחצר כאחד כנ"ל ורק מכח אגב והחצר צ"ל אלא שלא יהיה אגוד גביה ועי"ז לא יכול להקשות אלא דמ"מ לא יצא מרשותו דבעל דמה שקנתה אשה קנה בעלה ולא ידע לחלק בין נכסי מלוג לשאר מתנה וחצר כאחד ומשני דלענין נכסי מלוג מהני כאחד ודו"ק. כי הדברים ברורים מאוד בס"ד:

ואמנם עוד יש דבר קשה על שי' הש"ך מהא דאמר רבא גיטין כ"א גבי עבד גיטו וחצירו כאחד והא הוי מכח חצר דמכח אגב לכאורה א"א לפרשו דהא אין דין אגב בעבדים, וגם א"א לתרץ שאמר לו אח"כ הו"ז גינך דהא הו ה"ל עלי גינך מעג"ק וכמ"ש לעיל. — ואחר היגיעה רבה די בעיי' והזמין לי ה' נכון על קושי' זו התמוהה והוא דהנה לפמ"ש הרא"ש הובא בנמק"י פ' הגוזל דקנין אגב מה"ת ודלא כתוס' והא דלא מהני בעבדים אף שעבדים כקרקע לענין דין תורה מ"מ ה"ט שאין אדם סומך על העבד שיכול לברוח ע"ש: והנה לכאורה קשה אמאי לא מהני בעבד כפות כמו דמהני כפות לענין חצר מהלכת ומ"ש. — אלא דלפי האמת לק"מ דהא כ"כ סובר עבדים כמטלטלין עכ"פ מדרבנן ומש"ה לא מהני אפי' כפות דהא מטלטלין הוא וכן קיי"ל אבל רבא לשיטתו דסובר עבדי כמקרקעי ורק מש"ה לא מהני משום דהוי קרקע דניידי וכדאיתא שם ב"ק וא"כ בכפות מהני לאגב כמו דמהני לחצר וא"כ מגורשת שפיר דהקנין נעשה ע"י אגב אלא דמ"מ צריך נמי חצרה דומי' דידה ומש"ה שקיל וטרי' שם ג"כ לענין חצר מהלכת וכן אביי בעי דומי' דידה משום גזה"כ ומ"מ כיון שעכ"פ הקנין נעשה ע"י אגב לרבא ומהני לחצר דגזה"כ כאחד וכמש"ל. — ומה שמקשה עוד בקצה"ח מהא דב"מ דף ט' משך בהמה וקני בהמה וכלים לק"מ דכוונת הש"ך שאם קיבל עליו אח"כ ולא הוצרך לפרש משום שאינו רוצה להקשות אלא מחצר מהלכת ולא נחית לשאר דיני חצר ודו"ק. — ובקצה"ח ז"ל הרחיק לחלק מכח קושיות אלו בין חצר יד דבאשה בגט ובין חצר שליח דממון ולא נראה סברא זו כלל, ועיין מ"מ ז"ל שרוצה להסביר גם סברא לחלק כן — אבל לפמ"ש שיטת הש"ך נכונה בלי גמגום כלל. —

והנה גם אנכי בעניי הקשיתי על שיטת הש"ך לכאורה קושי' חמורה אשר לא הרגישו בה האחרונים ז"ל והיא ב"ב דף פ"ה דאיתא שם במתני' ואם הי' ספינה שוכר את מקומו — והנה משנה זו ודאי דמוקי' לה הש"ך בקנין אגב או שקיבל אח"כ, אבל מה דקשה לי הוא מגמ' דב"ב ע"ו גבי ספינה וחכמים אומרים עד שימשכנה או ישכור את מקומה דהא א"א לאוקמי בקנין אגב וכמו שאבאר דהא הקשו בתוס' ד"ה ספינה לימא דמוקמינן שם דמיירי שאמר לו לך משוך וקני דרבי סובר מרצה מקום הוא לו ורבנן סברי קפידא א"כ מאי מהני שוכר את מקומה שהיא גרוע ממסירה ותי' דמ"מ הוי כמסירה שמונחת ברשותו ולפ"ז סברו התוס' דגם הא דאמר שוכר את מקומה קאי על המשכחת שאמר לו לך משוך וקני כמו הא דעד שימשכנה וכן הוא באמת פירוש הפשוט ולפי הש"ך קשה לפ"ז היכי מיירי אי אחר ששכר את מקומו הדר ואמר לו קני וקיבל עליו א"כ הא הדר הוא עצמו מן הקפידא וכמו כן הי' מהני נמי מסירה, אלא ודאי מיירי שלא אמר אח"כ כלום אלא אמר שאמר לו תחילה לך משוך וקני ששכר זה את מקומו וכיון דלא אמר השוכר אח"כ כלום א"כ לא מהני לו חצר זה כלום דהא בא הספינה לתוך החצר קודם שהי' שלו לא מהני להש"ך כאחד ואין לפרשה בתורת אגב דהא בכל קנין אגב הא צריך לומר לו קני אג"ק בפירוש ואי לא אמר כן לא מהני הקנין אפי' היכא דליכא קפידא, ואי אמר לו אח"כ קני אג"ק א"כ הדר מהקפידא ומאי עד שישכיר מקומה הא אם הדר מהני ג"כ מסירה וא"כ מוכח מכאן דלא כש"ך ומהני חצר ומתנה כאחד והוא אמר לו לך משוך וקני והלה שכר מקומה ולשמועינן דאף שהקפידא מסירה מהני גם חצר וכמ"ש התוס' ולע"ג לכאורה ולשיטת הר"מ ז"ל דכל היכא דלצורין לא בעי לומר קני אג"ק הי' אתי שפיר לאוקמי בקנין אגב אבל לפוסקים וכן קיי"ל קשה — ולאחר העיון נראה לתרץ דהנה התוס' שם ד"ה ה"ק כתבו בשם הרשב"א דהפי' רשות בעלים רשות שיש לה בעלים דהיינו רשות של אחר ולפ"ז י"ל דמיירי שהיו ביחד המוכר את הספינה והלוקח ואותו האחר שהספינה מונחת בקרקע שלו וכשמכר לו את הספינה ואמר לו לך משוך וקני אמר לו האחר שישכיר ממנו מקומה ויקנה בתורת חצר. והמוכר שמע ושתיק ועדשתק אודיי אודי ליה והוי כאילו אמר הוא עצמו כן ואמר לו האחר אחר שקנה החצר עתה תקנה הספינה בתורת חצרך והמוכר שותק וקמ"ל דחצר לא הוי קפידא דאי הוי קפידא לא משני שתיקת המוכר כלום דהא כבר קפיד ולמה ילווס מתה או ולא הי' מהני אבל כיון דחצר הוי כמסירה וכמ"ש התוס' א"כ לא קפיד, משא"כ מסירה לא הי' קונה אפי' בכה"ג ומתורץ הש"ך ודו"ק כי זהו ברור:

ודע דאף לפי שיטת הש"ך מ"מ אם נפלה מציאה לחצר שלו שאינה משתמרת ובא אח"כ בעל החצר ועמד בצדה ורצה את המציאה קנה כדמוכח בפ"ב בסוגי' ול"ק הא זהו הוי ג"כ מתנה וחצר כאחד דהא קודם שבא לשם לא הי' חצר זה ראוי לקנות לו מציאה זו וא"כ ע"י שבא שמה הי' לו חצר לקנות ומציאה כאחד זה אינו דלא שייכא סברת הש"ך אלא בחצר שלא הי' שלו כלל ומחוסר קנין לחצר זה עצמו שיהי' שלו אבל חצר זה שלו הוא ואינו מחוסר קנין אלא דלא משתמר אבל מ"מ אין מחוסר השימור מחוסר קנין ומהני וזה פשוט:

דין ח.

חצר השכירה.

מבואר בגמ' גיטין פ' הזורק שהחצר שאול קונה לשואל וממילא דכן חצר המושכר לשוכר. — אלא שמצאתי להר"מ ז"ל הל' שכירות שהחצר המושכר קונה למשכיר ולא לשוכר והראב"ד ז"ל השיג עליו מהא דשוכר את מקומו, והש"ך תי' דשאני התם דניחא ליה למשכיר ואמר לו שיקנה בחצר זה. — ועיין קצה"ח שהקשה על סברא זו דאי הוי מדינא של משכיר לענין קנין ולא של שוכר א"כ מאי מהני מה שאמר לו הא בדבור בעלמא לא נקנה החצר לשוכר וצריך לעשות בו קנין ע"ש שתירץ דלפמ"ש הלח"מ דטעמו של הר"מ משום ששייך לו המשכיר אותו כח של קנין ולא השכיר לו אלא לתשמיש אחר וא"כ כיון דניחא ליה למשכיר ואמר לו גם לקנין הו לא שייך לו אותו כח ומהני ע"ש. — ולענ"ד קשה לי על עיקר הסברא דלפ"ז בשאר חצר המושכר

שייך

שייך לו המשכיר לעצמו כח של קנין וא"כ כשהמשכיר קונה חפץ מן השוכר קונה לו אותו השכר ובב"מ דף מ"ט מבואר היפוך דשם כתב לר"ש דמעות קונות שאם היתה עלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר מעות קונות לו ופרש"י דלאו משום חצר קונה דהא החצר מושכר לשוכר. — והנה רש"י ז"ל הולך לשיטתו דכל חצר השכורה קונה לשוכר ולא למשכיר, אבל להר"מ ולפ"מ שפי' הלח"מ א"כ שייך לעצמו אותו כח וקונה המשכיר מטעם חצר וא"צ מעות קונות — והנה ראיתי להה"מ בהל' מכירה שפי' באמת כן דעת הר"מ ז"ל שקונה מטעם חצר בעלייה מושכרת וא"כ מוכח כן דעת הר"מ לשיטתו אבל אין פי' זה נראה בסוגית הש"ס שם לר"ש אלא למשום מעות קונות לו ולא חצרו וא"כ קשה למה ליה למעות הא חצר קונה למשכיר:

ונראה לי דהא דעלייה מושכרת אינו קונה מטעם חצר להר"מ ה"ט משום דלא הוי משתמרת למשכיר שהוא הלוקח אלא לשוכר ומש"ה צ"ל משום מעות קונות דהא דב"מ ק"ב בזבל שקונה חצרו למשכיר ע"כ איירי להר"מ או שביתו של משכיר פתוח לחצר או שאמר לו לשוכר אתה תהי' שליחי לשמור חצרי וכמ"ש התוס' וא"כ בהא דעלייה מושכרת דלא איירי כן לא קנה המשכיר משום חצר. — שוב מצאתי להמח"א שכ' בראובן שקנה חפץ משמעון והניח בביתו של ראובן המושכר ללוי שקנה ראובן וכו' שם וז"ל ולא תקשה לך הא דכ' הר"מ שאם היתה ביתו של לוקח מושכרת ביד מוכר כו' וכו' לחלק דכל שקנאה בעינן שיוציא החפץ מרשות מוכר לרשות לוקח ושם לא יצא מרשותו דמוכר והא דמשכי בשוכר את מקומו ה"ט דבשעה שיוצא הקרקע לקנין פירות מרשותו גם החפץ יוצא ע"ש שכ' בשם מהרי"ט שגם בהא דעלייה מושכרת ביד מוכר הוי טעמא כמ"ש הש"ע ומשום חצר קונה. — ונפלאתי שלא כתבו למ"ש דאין החצר משתמר ללוקח ולא קני ואפשר לפרש שיטתם אליבא דר"ש דבכל דעת אחרת מקנה לא צריך חצר המשתמרת, אבל הר"מ ז"ל הא פסק דלא כר"ש וא"כ א"א לפרש הך דעלייה מושכרת ביד מוכר אלא כמ"ש הכ"מ ולא כהש"ע דהא חצר זה אינו משתמרת ללוקח ודו"ק. — ואדרבה נראה ליישב בזה קושי' הלח"ם שהקשה על הר"מ דלא פסק כר"ש ואמאי הא ר' אסי ג"כ סובר כן כנראה שם ולפמ"ש נראה שזה דחקתו להר"מ ז"ל דהוא מפרש הסוגי' דב"מ ק"ב גבי זבל של משכיר דחצר המושכר קונה לו למשכיר וא"כ איכא סתירה לזה מהסוגי' דב"מ גבי עלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר דאמר שם דמעות קונות וקשה הא חצרו קונה לו וכמו שהקשה רש"י ז"ל ועי"כ ה"ט משום דלא הוי חצר משתמרת ללוקח וא"כ מוכח שתמא דהש"ס דלא כר"ש דלר"ש קשה ומש"ה פסיק הר"מ דלא כוותיה וזה נכון:

ואמנם בעיקר הדבר נ"ל לחדש בה דבר עפמ"ש הלח"ם בתשו' כלל א' סי' א' דחצר השכירה הוי כחצר השותפין וכן הביא הטור בשמו סי' ר"ס ועיין לקמן בדין חצר השותפין מ"ש שם לתרץ דברי הלח"ם מקו' הקצה"ח ע"ש. — אבל מה שמוכרך לנו כאן היא הסברא שכתב הלח"ם דהוי כחצר השותפין. — ונ"ל הסברא בזה הוא משום דהגוף של חצר הוי של משכיר והרשות הוי של שוכר וא"כ לפ"ז נראה דמעלמא יכולין לקנות שניהם המשכיר מכח הגוף שהוא שלו והשוכר מכח רשותו ומש"ה כ' הר"מ דהמשכיר קונה דבר הפקר או מציאה שבא לחצר זה דהא יש לו גופו של חצר והוי הוא יותר מוחזק בה מהשוכר דאין לו אלא רשות וקנין פירות, אבל אם השוכר קנה חפץ מאיזה דעלמא ודאי שגם הוא קונה אותה בחצר זה כמו המשכיר דהא רשותו הוא וזהו החצר שרבתה התורה וגבי בקנין שאלה או שכירות אלא שאם בא השוכר להוציא מיד המשכיר דהיינו במציאה והפקר אז אין יכול דנגד המשכיר אין לו חצר דהא כח המשכיר יותר בחצר זה משום שהגוף שלו אבל כל שאין לחובת המשכיר דהיינו מעלמא שקנה מאחר יכול גם הוא לקנות כמו המשכיר, דכן המשכיר קונה מעלמא. — ומעתה ה"ט דהוי כחצר השותפין כיון שכל אחד מהם יש לו כח באותו החצר לקנות מאחרים, ומתילא שאינם יכולין לקנות זה מזה לחובתו דהיינו שאם רוצה המשכיר להוציא דבר מרשות של שוכר ורוצה לקנות ע"י חצר זה והשוכר חוזר בו ל"ק המשכיר דהא רשות שוכר מעכב עליו לחובתו שהרי גם לו קנה חצר זה מאחרים. וכן השוכר מהמשכיר לא קנה להוציא מרשותו אבל במציאה שאין זו של שוכר ולא היתה שלו קנה המשכיר בקנין הגוף שלו. — ועיין לקמן בדין כלי של לוקח ב"מ מ"ש שם על דין של הפורש מלוה שכ' הר"מ ז"ל ע"ש היטב:

ומעתה דהוי כחצר השותפין נ"ל ברור שאם המשכיר קנה חפץ מן השוכר והשוכר אמר לו קני בחצירך ודאי קני מתרי טעמא חדא דהשתא שבכלי של לוקח ב"מ אם אמר לו המוכר קני בכליך קנה הלוקח משום שהמוכר מבטל רשותו לגבי כליו של לוקח כן נמי אם השוכר ביטל רשותו לגבי הגוף של משכיר מהני הביטול וקנה המשכיר. ועוד הא אם אמר לו השוכר את הבית שהמשכיר לא בעי המשכיר לעשות קנין וא"כ כן נמי כשאמר לו קני מחל לו לאותו רגע (וכן איתא במח"א הל' שכירות סי' ב' ע"ש). — ולפ"ז נ"ל שגם אם אמר לו המשכיר לשוכר קני בחצירך זה קנה השוכר בחצר זה דהואיל ויש לו רשות וזהו החצר שרבתה התורה אלא שגוף של המשכיר מעכבו מלקנות לחובתו וכשאמר לו ז"ל קני הוא מבטל גופו לגבי רשות של זה ומהני. — וכן סובר הר"מ גבי כלי של מוכר ברשות לוקח שאם אמר לו המוכר קני קנה הלוקח ועיין לקמן שביארתי הטעם משום שמבטל כליו לגבי הרשות ומהני בכה"ג שביטל וא"צ לעשות קנין בכלי כיון שיש לו חצר ורשות אלא שזהו הכלי מעכב מהני ביטול שמבטל המוכר, וא"כ כן נמי מהני ביטול של המשכיר לגבי רשותו של שוכר וקנה. — ומי שירצה להבין לאשורו יראה שכל מ"ש הם דברים ברורים ונכונים. — ולפ"ז יבואו כל דברי הר"מ על מכונן דמה שהקשה הראב"ד ז"ל מהא דשוכר את מקומו לק"מ דהכי כ"ג אמר לו קני בחצר זה דלכך שכרו שר"ג ביטל גופו לגבי הרשות ומהני ובעלייה מושכרת ביד מוכר שמוקי הש"ס לומר מעות קונות היינו באופן שלא אמר לו קני בחצירך ואשמועינן דמעות קונות היכא דליכא גזירה שמא יאמר לו נשרפו אבל כשאמר לו קני קנה בחצר. — שוב מצאתי בש"מ ב"מ דף מ"ה גבי הא דמשלקין אותו מתמרי דאבודיא וכו' וז"ל וא"ת ת"ל הגבהה יקנה לו חצרו למלום דהא קונין בקרקע מושאל ומושכר כו' והנכון דלגבי היכא דעלמא הוא דקני ליה אבל לגבי בעלים גופייהו לא קני לחובתו של בעלים עכ"ל והנך רואה שכ' סברא שכתבתי לחלק בין מעלמא לשאם רוצים לקנות זה מזה, והא דמהני חצר המושאל לאשה מבעלה היינו משום שזהו לא לחובת הבעל. — ויצא לפ"ז לדינא לדעת הר"מ ז"ל ולפמ"ש דבמציאה והפקר קנה המשכיר דהגוף שלו, ומאחרים כ"א מהם קונה וזה מזה אינן קונין שאם חזרו מהני חזרה דכל לחובתו ל"ק השני ואם אמר לו קני בחצר זה כ"א מהם קונין אחד מהשני דהוא מבטל רשותו לגבי האחר. — ואפשר שזהו כוונת הש"ך ולק"מ קו' הקצה"ח:

והנה גם הבעל העיטור ז"ל סובר דאין חצר השכירה קונה לשוכר והביא ראיה מסוגי' דקדושין דמוקי לה להא דר"ג בתורת אגב ומיפשט מיניה דיני אגב וע"כ ה"ט משום דע"י חצר לא קני בשוכר מקומו וא"כ הבעה"ע ז"ל סובר דאפי' אמר קני לא מהני ועיין ש"ך שהקשה שהוא סותר א"ע דבאות קנין מוכיח דע"ה לא נקנה באגב מהא דר"ש דמוקי לה להא דר"ג בתורת חצר ובאות שכירות מוכיח דחצר השכירה לא קני לשוכר מסוגי' דקדושין דר"ג בתורת אגב שקנה והיא באמת פלא והפלא. — והנלענ"ד לתרץ דלק"מ ושני דינים הללו דסובר הבעה"ע מוכחים שפיר וכמו שאבאר דהנה לכאו' באמת קשים הני תרי סוגיות דב"מ וקדושין דסוגי' דב"מ אליבא דר"ש סוברת דהא דר"ג מכח חצר הקנה וסוגי' דקדושין שהיא פושטת כל דיני אגב מהא דר"ג וסוברת דע"כ מכח אגב הקנה ובמה פליגי, דאי נימא דפליגי בהא דר"ש אי מהני בדעת אחרת מקנה חצר שאינו משתמרת זהו דוחק גדול דהא ר"א נמי סובר כר"ש וכמ"ש הלח"ם.— ואשר ע"כ נ"ל לפרש דלא פליגי בפלוגתא חדשה כלל אלא בפלוגתא ישנה דפליגי' אמוראי אי ע"ה ממון או איננה ממון, וגם דבאמת ל"פ כלל אלא כל אחת מהסוגיות סוברת כחד מינייהו ואתי שפיר וכמו שאבאר דהנה כל אחד צריך ליישב הא דר"ג באופן שלא יקשה עליו ואומר אני דסוגי' דב"מ סוברת אליבא דעולא דהא ר' אבא לעולא פריך ועולא הא סובר בקדושין ע"ה א"מ וכבא שם בב"מ ג"כ סובר כן והא דסובר בנדרים דף פ"ה ע"ה ממון דכן משמע לק"מ וכמ"ש מקצת הראשונים ז"ל כמבואר בסוגי' שם וא"כ הולכת כל הסוגי' דב"מ ע"ה איננה ממון. — וסוגי' דקדושין הולכת למ"ד ע"ה ממון:

ועתה אבאר הנה הא ברור אצלי דהא שסובר הבעל העיטור דחצר השכירה לא קני לשוכר היינו דוקא מן המשכיר וכמ"ש לעיל לעיל אבל מאחרים ודאי דקנה דהא הוי רשותו וכדמוכח מהא דגיטין דחצר המושאל קני ורק נגד המשכיר ולחובתו הוא דלא קני וכמ"ש לעיל בשם הש"מ ב"מ. — ולפ"ז נשובה ונראה דבהא דר"ג הדבר תלוי בהא אי ע"ה ממון או לאו דאי ע"ה איננה ממון א"כ תבואה זו אין לו גם לר"ג שום זכות ממון ולא קני הזקנים מר"ג כלום אלא הקנין הוי כנגד שאר כהנים דעלמא וא"כ הדין נותן דחצר השכירה קנה להם שפיר דהא לא הוי מהמשכיר אלא מאחרים, אבל אי ע"ה ממון דאז יש לו לר"ג זכות ממון בתבואה זו ואז קנו ממנו ומהמשכיר א"א לקנות בחצר השכירה. — ובקנין אג"ק ג"כ תלוי בהא ולהיפך דאי ע"ה איננה ממון א"כ ליכא לר"ג שום ממון בגווה ואיכה יכול להקנותה באג"ק דע"ה לא נקנית באגב שהוא צריך ממון טוב. — ואי ע"ה ממון סובר בעל העיטור דיכול להקנותה באגב ולא כהש"מ שהבאתי לעיל בדין אגב ע"ש. — ולפ"ז א"ש התרי סוגי' סוגי' דב"מ הולכת אליבא דעולא דע"ה איננה ממון ומש"ה אמר שם דא"א לאוקמי הך דר"ג בתורת אגב אלא בתורת חצר וכר"ש, והסוגיא דקדושין סוברת והולכת למ"ד ע"ה ממון ולדידיה ע"כ לא הי' יכול להקנות ר"ג בתורת חצר דהא חצר השכורה אינו קונה לשוכר מן המשכיר וע"כ ר"ג לאותו מ"ד בתורת אגב הקנה דאי ע"ה ממון נקנה באגב. — ומעתה שני תרי דינים של הבעל העיטור מוכחים ברור מכל שתי הסוגיות דהנה כל הני תרי סוגיות מודים להא שאם ע"ה לא הוי ממון לא נקנית באגב וכן נמי להא מודים הני סוגיות שאם ע"ה ממון לא קני חצר השכירה מר"ג ואין לפ"ז בדינים הללו שום חולק אלא דסוגי' דב"מ הולכת לעולא דע"ה

איננה

אינה ממון ומש"ה סוברת דר"ג ע"כ בתורת שטר נתן ובכה"ג קונה השטר השכורה לשוכר דהא לא מר"ג לקח אלא מהשכים דעלמא וכל שלא לחובה שמשכיר קנה לו חצר השכור וסוגי' דקדושין שפיר הוכיח דיני אגב מר"ג דע"כ הך ע"ד השוכר ע"ה ממון א"א שיקנה הא דר"ג מכח חצר דחצר השכורה הא לא קני ממשכיר עצמו אלא ודאי באגב, ולפ"ז אף סוגי' דקדושין סוברת כר"ם לענין חצר משתמרת מ"מ הא חצר השכורה ל"ק למ"ד ע"ה ממון:

ומעתה שפיר הוכיח הבעה"ע מאחר שהוא פוסק ע"ה אינה ממון דע"ה לא נקנה באגב דהא סוגי' דב"מ אומרת כן דלבעולא ע"כ בתורת חצר הקנה וגם דין השני מוכח דחצר שכורה לא קני מן המשכיר דהא כן אומרת סוגי' דקדושין דאי ע"ה ממון ע"כ באגב הקנה ר"ג ובחצר לא וא"כ דהבעל העיטור פוסק דליכא ע"ה א"מ והוא מוקי לה להא דר"ג בתורת חצר מ"מ דין זה של חצר השכורה כ"ע מודי ביה דגם סוגי' דב"מ לא פליג על דין זה היכא דהוי ממונא של משכיר אלא שהיא סוברת ע"ה א"מ. — וא"כ אתי שפיר הכל וזהו דבר נפלא עד שאמרתי אולי מקום הניחו לי משמים. — ואי קשי' כיון דע"ה א"מ האיך מתוקמא בתורת חצר וכר"ם הא ליכא דעת אחרת מקנה כבר הקשה כן המרדכי ותי' דעם החצר הוי דעת מקנה גם לע"ה. — ול"ל לפ"ז דלענין חצר משתמרת נ"ל דעת מקנה כ"כ כמו לענין קנין אג"ק ודו"ק:

דין ט.

חצר השותפין.

איתא ב"ב דף פ"ה א"ר"א מדד והניח ע"ג סימטא קנה כו' ומסיק שם דהא דר"י חצר השותפין קונין זה מזה מיירי במודד סוך קופתו אבל ע"ג קרקע לא קנה. — ובתוספות קדושין דף מ' הקשו מכאן על פרש"י ז"ל שם גבי תנה על הסלע מטעם חצר וקשה דא"כ מאי קא מבעי ליה סלע של שניהם מאי הא מוכח ב"ב שם דחצר השותפין ל"ק זה מזה עג"ק והנה הי' אפשר לתרץ דברי רש"י ולומר דהא דתנה על הסלע מיירי שאמר קני בחצר וכן מהני גם בחצר השותפין אלא דכל הענין צריך הסבר, גם דהנה הרמב"ן ז"ל הקשה על כי אמי שסובר סימטא קונה מטעם חצר דא"כ למה תיקנו משיכה בסימטא תיפוק ליה מטעם חצר ותי' הרמב"ן ז"ל דל"א כ"א בסימטא כיון שקיבל עליו מוכר קנה דא"ה קשי' ליה ברייתא דלקמן דלא קתני האי אלא ברשות לוקח אלא לר"א מדד והניח דוקא דכיון דאיתעבד בה כולי האי גמר ומקני וכמאן דא"ל קני בסימטא דמי וקיבל ר"א דכי אמר ליה קני כו' אלא ש"ל דלר"א כל שיש לו רשות בו כגון סימטא וחצר של שניהם כרשות לוקח דמי עכ"ל. — והשתא הנה לתי' ראשון של הרמב"ן דר' אמי ע"כ מיירי באמר לו ז"ל קני וא"כ כדמסיק דליתא לדר' אמי לא מהני אפי' כשאמר לו קני, אבל לתי' שני דלר"א הוי סימטא כרשות לוקח י"ל דהא דמסיק דלא כר"א היינו בדלא"ה קני. — ואין להקשות הי' מיירי במדד ומדד הוי כאומר קני ז"א דל"ל קני בחליפין וכמ"ש הרשב"ם גבי כלי וכן כאן צריך שיאמר קני בחליפין. — והא דלא מהני שם כדפריך מר"י אליבא דר"י דהך מימרא דר"י מיירי שאמר לו קני לק"מ דאי מיירי שאמר לו קני א"כ למה נקיט מדד הא אפי' לא מדד נמי א"ו מיירי שלא"א כלום ולהכי נקיט מדד ודו"ק:

והנה לפ"ז אפשר לתרץ פרש"י דקדושין. — ואלא שכל הענין צריך ביאור הא דכי הרמב"ן דלר"א מהני שאומר קני ומאי טעמא הא חצר השותפין לא הוי חצר כלל לקנות בתוכו. — והנה הרמב"ן והרשב"א בקדושין תי' שם קושי' התוס' על רש"י דהא דמבעי ליה בחצר של שניהם היינו משום שרוצה בקדושין אקנוי אקנה לה מקום בחצרו ולכאו' גם תירוץ זה אינו מספק דקשה מה מהני אקנוי אקנה לה הא צריך קנין ואף שרוצה ומקני מ"מ ל"ק החצר בלא קנין וכן הקשה המקנה ועלה לו בדוחק. — ונראה לי לחדש דבר חדש מה שלא קדמוני אחד מהאחרונים ז"ל והוא לקוח מפירושן של הראשונים ז"ל ויבואר כל דבר שורש של חצר השותפין. — והיא דלפי הנראה מקה"ח ז"ל חצר השותפין אין לו דין חצר כלל לקנות לא זה מזה ולא מאחרים דלא הוי זהו חצר שנתרבה מקרא וכמו שביאר הגאון קה"ח ז"ל הי' ר"ם מילתא בטעמא דלכל אחד יש לו בחצר זה חצי יד וחצי יד אינה קונה כלום ע"ש. — אבל ראה זה מצאתי להריטב"א ז"ל בקדושין שכ' וז"ל ותו מאי האי כו' דחצר של שניהם זוכה לכל אחד מהם מאחרים אבל אינו זוכה לכל אחד מהם מיד חבירו עכ"ל והנה מבואר מדברי הגאון ז"ל דלא כהקה"ח אלא שגם חצר השותפין הוי חצר לקנות מיד אחרים אלא כ"א מחבירו לא קני, וכן נראה לפ"ז מ"ש שם בקה"ח שאם נכנס לבי שבור לא קנו שניהם דלפמ"ש הריטב"א שקונה כ"א מאחרים א"כ הוי זה חצר טוב וממילא באם נכנס לבי שבור קנו שניהם יחדיו. — והנה מלבד שנאמנים מאוד דברי הגאון הריטב"א ז"ל נ"ל שכן מוכח מלשון ר"י שנקיט חצר השותפין קונין זה מזה וקשה למה נקיט זה מזה מה הלה בלשון זה לא הל"ל אלא חצר השותפין קונה לכל אחד אלא ודאי דלפי' הה"א דמיירי עג"ק נקיט כן לרבותא לא מבעי מאחרים ודאי דקונין אלא אפי' זמ"ז נמי קונין ולפי המסקנא דמיירי תוך קופתו ואתי לאשמועינן ע"ג קרקע נקיט זה מזה להורות דוקא זה מזה הוא דעג"ק לא אבל מאחרים אפי' עג"ק קונין וא"כ כן נמי בלבי שבור קונין שניהם וכפסק הש"ע בשם ר"ם ודלא כהקה"ח. — ויצא לנו לפ"ז דחצר שותפין הוי חצר טוב לקנות כ"א מאחרים וכן לקנות יחדיו לבי שבור, וא"כ כיון דבטל טעם שכתב הקה"ח לחצר השותפין דלא קני צריך להסביר בו טעם אחר אמאי אינם יכולין לקנות זה מזה דוקא. — ונראה להסביר הענין בטוב טעם. — דכיון שיש לכל אחד רשות בחצר זה לתשמיש וא"כ הוי חצר זה לכ"א כחצר השכורה לו אלא באופן אחר מחצר השכורה דשם הוי כל גוף החצר של משכיר וכל הרשות לתשמיש של שוכר אבל כאן הוי לכל אחד קנין הגוף בחצר ויש לו קנין תשמיש בחלק של חבירו וכמ"ש הר"ן נדרים ר"פ השותפין דא"א לומר באופן אחר ע"ש היטב. — וא"כ לדעת הר"מ דלעיל שאין השוכר קונה ממשכיר גם כאן מש"ה לא קנה זה מזה משום דלכל אחד הוי משכיר ושוכר ולכל אחד יש בו קנין הגוף שמעכב על חבירו שיקנה בו. וזהו ודאי ברור אלא דאפי' לדעת רש"י ז"ל שסובר דשוכר קונה בחצר השכורה מ"מ לא קנה בשותפין ונראה דה"ט משום דשוכר שהחצר כולו שלו לתשמיש א"כ יש לו רשות בכל החצר וזהו חצר שנתרבה משא"כ בשותפין שיש לו לכל אחד רשות לתשמיש וא"כ בשעה שהחפץ של אחד מונח שם הרי אותו המקום קנוי לו לתשמישו וכן כתבו התוס' בקדושין כ"ה בשם ר"ח לענין מסירה בסימטא דמש"ה לא מהני וא"כ כן נמי אם קנה אותו החפץ שמונח שם איך יקנה בתורת חצר הא כל אותו המקום הוא קנוי לחבירו לתשמיש ואינו יוצא מרשות אם לא יעשה תחילה מעשה קנין בחפץ עצמו שיהי' שלו ואח"כ יהי' גם המקום שלו אבל ע"י המקום אינו יכול לקנות ושוכר שכל החצר שלו ודאי שפיר קנה לרש"י שסובר שאין קנין הגוף מעכב אבל זה הרי אף לתשמישו לא הוי שלו כ"ז שהחפץ של חבירו שם. — והא הינח זה מזה אבל מאחרים דעלמא שפיר קונה דהא בשעה שהוא משתמש בו הרי הוא שלו הכל לתשמישו ואין זה נקרא אז חצר השותפין כלל דהא מה שהגוף של האחר הוא ואפי' הכל אין זה מעכב לרש"י ז"ל. — וכן אם בא בתוכו לבי שבור הוי של שניהם דאז ליכא עיכוב כלל וכ"ז ברור כשמש:

והשתא דאתינא להכי ודאי דכל היכא שאמר האחד לחבירו קני לך בחצר זה ודאי קנה בדבור בעלמא דהא דאינו יכול לקנות משום דרשות של תשמיש הוי לחבירו והיינו בסתם אבל כשאמר לו קני בחצר זה א"כ הוא נותן לו רשות התשמיש ולזה א"צ קנין חדש כלל דהא כבר קני כ"א ויש לו רשות מעצמו וכשם שאם חבירו נותן לו רשות יכול הוא ליקח חפץ חבירו לזכותו מאתו וליתן ספלו שמה כן נמי מהני נתינת רשות לקנות בו דמיד שנתן לו רשות בדיבור הוי אותו המקום שלו לתשמישו, ומש"ה צדקו דברי רש"י ז"ל בתנה על הסלע וכגון שאמר לה קני או כמ"ש הרמב"ן והריטב"א שבוודאי אקנוי אקני לה ול"ק קו' המקנה דליכא קנין דל"צ לזה שום קנין רק נתינת רשות לתשמיש והא איכא. — וזהו הסברא שהי' סובר הרמב"ן בתי' ראשון לר' אמי דאמר קני מהני. — אלא דאמת סובר רש"י כתי' בתרא של הרמב"ן דר"א בלא אמר קני מיירי דבאמר קני בחצר זה מהני לכ"ע. — והנה הראיתי תלי"ת שנים מסבירות בהלכה זו ויצא לדינא דמעלמא קונין שניהם ולבי שבור ג"כ של שניהם ואם אמר קני קונין אפי' זה מזה לכ"ע. — שוב מצאתי כן במשנה חצר סי' ר שכ' כן דבחצר השותפין קנה כשאמר לו קני ע"ש:

והנה בקה"ח הביא תשו' הרא"ש הנ"ל שהביא הטור סי' ר"ם על שמעון הדר עם ראובן כו' וקנה שמעון מליאה כ"ל. והוי כחצר השותפין וגרסינן כו' חצר השותפין קונין זמ"ז וכש"כ מאותם דעלמא אם הי' לבי שבור נכנס זכו בהם שניהם כו' אבל שקנה מן הגנב כו' עכ"ל. והנה בטור לא הובא לשון הרא"ש כן אבל כדאיתא לשונו ברא"ש שם הוא ודאי שלא ושפלא דהביא הדין שלא כהלכתא דקיי"ל אין קונין זה מזה והניחו הקה"ח בצ"ע.

ולחומר הנושא נראה ליישב דברי הרא"ש אחר שנדקדק בלשונו דלמה לו להביא הא דחצר השותפין כלל הא בעובדא שלו קנה שמעון מליאה מהגנב באופן שאין החצר קונה אותה כלל כי שהיא ביד גנב וא"כ מה לו בדין של חצר השותפין: אלא ודאי משום שהיא למדה אגב עובדא שלו שאם הי' נכנס לבי שבור שקנו שניהם ומש"ה הביא דין של חצר השותפין, וכאשר אבאר דהנה כבר כתבנו לעיל שאם הדין דמאחרים דעלמא קנה כל אחד מהם. אזי גם אם נכנס לבי שבור קנו שניהם יחדיו דהחצר לשניהם יחדיו הוי חצר טוב דהא כל אחד מהם קונה מאחרים, ואמנם לענין שקנו כל אחד מאחרים דעלמא הביא הרא"ש ראיה מהא דר"י שאמר חצר השותפין קונין זה מזה וקשה למה נקיט קונין זה מזה לא הל"ל אלא קונה לכל אחד מהם אלא ודאי דנקיט כן לרבותא לא מבעי מאחרים דעלמא ודאי קנה כל אחד אלא אפי' זמ"ז דה"א שכל אחד מעכב על חבירו וכמ"ש לעיל ע"ש. — ומכח זה רצה הגמ' לומר תחילה דודאי מיירי ע"ג קרקע דאל"כ מאי רבותא וע"ז

משני

משני דמיירי תוך קופתו והא דנקיט זמ"ז ע"כ משום דיוקא נקיט כן דהא שצריך תוך קופתו דוקא זה מזה אבל מאדם דעלמא אפי' עג"ק קונין וכיון שכן כן נמי לגבי שבור שבא לתוכו קנו שניהם. — וכך היא פשטת דברי הרא"ש ז"ל.

וגרסינן חצר השותפין קונין זה מזה וכה"ג מאדם דעלמא' (דהא מש"ה נקיט זמ"ז לרבותא) וא"כ אף שנדחה דינו של ר"י לענין זה מזה למסקנה מ"מ לענין מאדם דעלמא לא נדחה רק מהרבותא שאמר זה מזה וע"ז מסקינן דרק ע"ג קרקע אבל לענין אדם דעלמא בשאר הדין וא"כ כן נמי אם הי' לגבי שבור כנכנס קנו שניהם אף לפי מה דקיי"ל שאין קונין זה מזה. וזהו כוונת הרא"ש ברור ואמת אלא שקיצר קצת כדרכן של ראשונים ז"ל ולק"מ:

עוד הביא שם בקה"מ תשו' מהר"ש ברוך שאם קנו לראובן ושמעון המציאה לא קנה לוי משום שלא שותפה מתחלה כן לחלק בכל מיני כיוצים וכו' עוד אע"ג דקיי"ל חצרו ש"א קונה לו שלא מדעתו בראה אותן רצין כו' והוא שעומד בצד שדיהו עכ"ל ופשט הקה"מ ז"ל מתשו' זו דלא כהש"ע אלא דחצר השותפין לא קנו מציאה שניהם וכמ"ש שם בסברא דליכא יד שלם אלא חצי יד והראי' דהא מציאה זו מגוי קנו אותה לראובן ושמעון וא"כ למה לא קנה ג"כ לוי הדר שם. וכ' שכן מצא בירושלמי ע"ש:

והנה אנחנו כבר הוכחנו לעיל ברור דכן הדין כהש"ע שקנו המציאה שניהם כאשר כתבנו מהריטב"א והרא"ש לענין מאדם דעלמא וכן לגבי שבור. וכתבנו בסברא שכן הדין כ"ז לעיל. — אך עתה נראה סילוק על דין זה הך תשו' של מהר"ש ברוך וכן הירושלמי וכאשר נבאר נראה דלק"מ ואין על דין של הש"ע חולק כלל ותחלה צריכין אנו לבאר דאף שביארנו לעיל דחצר השותפין קונה לכ"א מאחרים וכן לגבי שבור כשניהם מ"מ עדיין לא דברנו איך יהי' הדין לענין שצריך להיותו חצר המשתמרת להקונה ואי לאו הכי לא קנה לו חצרו וכפי הנראה חצר זה שהוא חצר השותפין לא הוי משתמר לשום אחד מהם מחבירו כיון שיש גם לחבירו רשות בו וזהו כמ"ש התוס' בהא דר"ג שאין החצר משומר לזקנים משום דב"ב של ר"ג הואיל והתבואה מעורבת. ולכן נ"ל ברור דהא שכתבנו שכ"א קונה מאדם דעלמא היינו אי עומד שם לדעת הפוסקים דלא כר"ם ולדעת ר"ם והפוסקים כן נ"ל בדעת אחרת מקנה משתמרת להקונה. ומעתה נראה במציאה שאמרו דשניהם קני הסברא נותנת דהיינו דוקא כששניהם עומדים בצד החצר דאי אחד עומד שם א"כ אין זה משתמר רק לו. ולפ"ז אם בא לגבי שבור לתוכו ולא הי' שם אלא אחד הוא קנה דהא כל החצר עתה שלו לענין השמירה של קנין זה דכיון שאין האחר עומד בצידו של חצר אינו יכול לקנות וא"כ זה קנה הכל וכ"ז מזוקק שבעתים. — אשר מעתה יתבארו דברי התשו' מהר"ש על נכון דהא דלא קנה לוי ה"ט משום שלא הי' שם בביתו ואף שגם הוא דר בבית מ"מ אינו משתמרת לו מהשניים האחרים ראובן ושמעון והם קנו. וזה מתבאר יפה מתוך דבריו שכ' ואע"ג דקיי"ל חצרו ש"א קונה לו שלא מדעתו כו' והוא שעומד בצד שדיהו והנה מבואר כמ"ש והרבה נפלאתי על הגאון קה"מ ז"ל מהיכן יצא לו דלא כהש"ע מתשו' זו. ואולי ממ"ש שבכל הקודם במציאה זכה בה ומשמע ליה להגאון ז"ל דכל שקודם היינו בידו ולא ע"י חצירו ולפמ"ש אין זה מוכח אלא כוונתו שכל שקודם לעמוד שם זכה ע"י חצירו ופי' זה מוכרח דאל"כ למה הביא משנה של ראה אותן רצין ומה שייכות דין שלו שזוכין בידם למשנה זו א"ו ע"י חצרם הוא שזכו ולוי שלא הי' עומד כאן לא זכה. ועוד דכ' שם בתשו' זו ועוד דספק ר"ת כו' גם בנידן זה קנה בחצירו דיש ברירה ע"כ ומה ברירה שייכא לזכיה שבידם א"ו צ"ל דהחצר קונה להם וכ' שני טעמים חדא דרק להם משתמרת שהם עומדים בצידו ועוד דהא עתה הם משתמשין בו לענין תשמיש של קנין והוי החצר כולו להם לתשמיש מטעם ברירה' וכמ"ש הר"ן כדברי ר"ם השותפין שהבאתי לעיל. — עוי"ק דלפי סברת קה"מ א"כ למה דוקא לראובן ושמעון אם קדמו הא כן גם אחר שאינו דר בבית אם קדם זכה כיון שאין החצר קונה להם כלל א"ו כמ"ש. ומ"ש שלא התנו היינו שאם הי' תנאי בניהם שכל מה שירוויחו יהי' למחצין ודאי שגם ללוי חלק וכל מה שכתבנו ברור כשמש:

ועפ"ז יבוארו גם דברי הירושלמי שמביא הקה"מ וזהו כוונתו שם שאם החצר כולו לזה וכולו לזה דהיינו שהוא חצר השותפין הכל נ"ק מציאה שום אחד מהם ומיירי שלא הי' עומדים כאן ולא הוי חצר המשתמרת דכל חצר השותפין שיש לו לכל אחד רשות בכולו לא הוי משתמר לשום אחד מחבירו, אבל מחצה לזה ומחצה לזה כיון שאין אחד רשאי להשתמש אלא בשלו מיקרי חלק שלו משתמר לו כמו שהי' משתמר להזקנים אם לא הי' התבואה מעורבת והא שצריך שם מחילה לפי המתבאר לעיל היינו משום דהם יש רשות לב"ב של ר"ג להשתמש בכל הבית אבל כאן שאין רשות תשמיש אלא בהחלק המקויים לו הוי שפיר משתמר ודו"ק בכל מ"ש ונראה שהכל כאשר באמת בס"ד:

הנה לפי מה שביארנו דחצר השותפין קונה לכל אחד מעלמא קשה א"כ למה תקנו משיכה בסימטא תיפוק ליה משום חצר ולק"מ דתיקנו כן משום בני המבוי זה מזה ועוד י"ל שתיקנו משיכה דמהני אפי' בכלי של מוכר משא"כ חצר. ודע שיש שני מיני סימטא חדא דהא דאמרן שהוא חצר השותפין לבני אותה מבוי ועיין תוס' והשבים דף ע"ו. ויש עוד סימטא והיא לגבי ר"ה היא כסימטא לכל דבר ולכל העולם כמו הר"ה עלמא ובזו ודאי צריך קנין משיכה ודו"ק:

דין י.

חצר מושאל אי צריך קנין לשאלה אי סגי בדבור ואי צריך להיות בשאלה לכל תשמיש או לקנין לבד.

כבר נתבאר לעיל דחצר מושאל קונה וצריכין לבאר אי צריך קנין לשאלה זו או סגי בדבור לבד וכתבו בתוס' ב"ב פ"ה ע"ב שצריך קנין חזקה לשאלה זו ולא נקנה בדיבור לבד והר"ש ש"א מתכירה כי דאכילת פי' הוי חזקה לתשמיש והראב"ד חולק שם וכתבו שאחרונים דלדעת הר"ת הוי חזקה ע"י תשמיש שעושה בו ועיין מש"ח ונתיבות. ואמנם נמצא בריטב"א קדושין גבי פ"ל במה יקנה דאמר שם שמעית מיניה כליו של לוקח ב"מ קנה וכ' הוא ז"ל וז"ל והא דלא סגי ליה דמיירי שאמר לו המשכיר ז"ל קני דמהני דא"כ הרי השאיל לו מקומו וה"ז בכלל שוכר את מקומו עכ"ל. וראיתי להגאון רי"ט אלגאזי בכורות דף כ' שכ' דהריטב"א הזה חולק על בעלי תוס' וסובר דשאלת קרקע לקנין חצר א"צ שום קנין וסגי בדיבור בעלמא שאמר לו קני וזהו לענ"ד דבר תימא דאי נימא כן א"כ קשה אהא דאמרינן רב ושמואל דאמרי תרווייהו כלי ש"א קונה לו בכ"מ ואמר לאתויי מאי לאתויי ברשות מוכר וכגון שא"ל ז"ל קני ואי ע"י אמירה זו השאיל לו גוף הקרקע והוי ליה חצר המושאל א"כ למה אמרו כליו ש"א קונה לו למה ליה כליו הא אפי' עג"ק קרקע קנה כשאמר לו קני. וכיוצא בזה הקשה שם הרא"ש דמאי אשמעינן רב בזה הא רשות קונה ותי' דמשום דמיירי רק בדיבור והיינו כדעת התוס' דלכלי צ"ל אלא נתינת רשות והכלי קונה לו אבל לחצר הי' צריך קנין. אבל אי נימא כדעת הריטב"א לפי הבנת רי"ט אלגאזי תחזור הקושי' ולע"ג. — גם מה שפי' שם הגאון ז"ל בדברי הרמ"ה קשה מאוד כאשר נבאר אי"ה בסמוך בדין כלי שאי' קונות לו. — ולענ"ד דגם הריטב"א לא נפרש אלא כדעת התוס' דכל היכא דאיכא כלי סגי בדיבור דהוי הוא משאיל ומבטל רשותו לגבי כלי אבל בחצר צריך קנין והא שכ' הריטב"א דהוי כשוכר את מקומו ר"ל כיון שצריך לבטל את הרשות א"כ הא בכלל שוכר את מקומו וזה ברור:

כתב בקה"מ סי' קנ"ו סק"ג דאף למ"ד אכילת פי' לא הוי חזקה היינו לקנות גוף הקרקע אבל אם נתרצו הבעלים להקנות לזה לאיזה תשמיש מיוחד ועשה התשמיש ההיא מדעת בעלים קנאו לתשמיש זה שלא יוכל לחזור בו כו' אבל בדבר שתשמישו להילך קנאו בהילוך כו' וקנאו לתשמיש מיוחד מכי עשה תשמישו קנה לתשמיש ההיא עכ"ל והם דברים נכונים וראוים למי שאמרם ויש ללמוד מדבריו דמהני חצר שאולה שהשאיל לו רק לתשמיש של קנין וכיון שנתן לתוכו את החפץ קנאו לתשמיש של קנין וקנה ג"כ את החפץ באחד. — אלא דלכאו' לא משכחת דאם כאן שהמוכר את החפץ שם א"כ לא עשה הלוקח קנין חזקה אלא המוכר ואם נתנה הלוקח אם בלא משיכה א"כ לא יצא החפץ מרשותו של מוכר וקונה מקומו ואי במשיכה א"כ ל"ל חצר. **אבל** משכחת כשהשאיל לו המוכר את החצר ומשך הלוקח את החפץ לאותו מקום שהשאיל ומצד משיכה ל"ק דמשיכה ב"מ לא מהני אלא כאן שהשאילו לתשמישו וזה משך החפץ שמה וקנאו לתשמישו קנה גם החפץ, ואין לפקפק לדעת הש"ך דהוי מתנה וחצר כאחד דהא צ"ל כאן קנין החצר דבאמת קנה במשיכה אלא דלסוף המשיכה שצריכה רשות וע"י קנין הכלי נעשה רשותו ודו"ק.— אמנם ראה זה מצאתי בריטב"א ב"מ דף ט' שכ' שם דאבעי של ר"א היתה אי חצר המושאל קונה ואף דמינו דחצר המושאל קונה היינו אם שאל לו לכל תשמישו דהוי כגופו שלו אבל שם דלא"ק לה לבהמה אלא לאותו תשמיש של קנין לבד מסופק אי מהני וא"כ לדעת הריטב"א הוי זהו אבעיי' דלא נפשטה והוי ספק של קני ולא קנה בתורת חצר. — וזהו דבר חדש — ומ"מ אפשר דמשכחת שכתבתי מהני דהא קנה במשיכה וצ"ל להיות לגמרי חצירו — אבל מ"מ למדנו דמי שהשאיל חצרו רק לקנין בעלמא לא קנה:

עוד מצאתי דבר חדש בתוס' בכורות דף י"ח ע"ב ד"ה אקנוי אקני דאפי' בלא קנין כלל קני דגמר ומשעבד נפשיה ע"כ ור"ל בהאי הנאה דניחא ליה למעבד מלוה במתוכו גמר ומקני וכן פי' רי"ט אלגאזי ז"ל. — וזהו דבר חדש דלא מצינו בש"ס אלא לענין שיעבוד סברא זו דבהאי הנאה גמר ומשעבד נפשיה כמו במתנה ש"ח להיות כשואל אבל לעשות קנין בהאי הנאה לא מצינו וצ"ל לתוס' דהאי הנאה הוי כפרוטה וקני הקרקע. — ואמנם מצא כן ב"ב פי' בית כור בהאי הנאה דקא לייתי אהדדי גמר ומקני וכן כ' המרדכי סוף ב"מ ובב"ק שהבאתיו לקמן, ולא בכל הנאה אנו אומרין כן כאשר אבתוב

אי"ה לקמן בדין כלי ש"א ע"ש ודלא כרי"ט אלגאזי. — ולכאו' יש להקשות לפ"ז למה הי' לר"ג לקבל פרוטה מר"י הא יש לו ג"כ הנאה מצות נתינה לכהן וכיוצא בהאי הנאה גמר ומקנה. — ונראה דהתוס' בבכורות לא מפרשי הא כפי' הריטב"א דהאי הנאה הוי מה שמקיים מצות נתינה דא"כ גם בהא דר"ג י"ל כן וכן בכל נתינת תרומה ומעשר כיוצא כן שיאמר לכהן מעשר יש לך בידי ומהני ובאמת אינו כן דהא אם אמר לכהן כור תרומה יש לך בידי יכול לחזור ואמאי. — אלא ודאי דלא מהני האי הנאה אלא אם יש לו הנאה יתירא ולא רק נתינה זו שאנו דנין עליה כמו דלא מהני בכל מו"מ כשמוכר חפץ ואף שיש לו לפעמים הנאה כגון בזבוני דרמי על אפיה ומ"מ צריכא קנין. — ושם בבכורות פירשו התוס' דיש לו הנאה יתירתא שיגדלו הבכורות בחצרו וכדפירש"י וזו הנאה יש לו מלבד הנאה נתינה לכהן אבל במקום שאין לו רק הנאה זו לא אמרינן כן דצריך הנאה יתירתא מלבד הנתינה דנתינה זו הי' יכ"ל לקיים באחר כהן וכן כולם וכן הא דמתיב ש"ס יש הנאה מיוחדת לו שמהימן דוקא לו וכן בהנהו דצייתי אהדדי שהם מיוחדים בכך שצייתי אהדדי ושאר אנשים לא צייתי כ"כ וכן כל כיוצא בזה:

דין יא.

אי מהני חצרו של שליח בתורת חצר שליח.

איתא ב"ב פ"ו ברשות הלה המופקדין אצלו כאן שקיבל עליו המוכר קנה ופי' הרא"ש דכשאמר תזכה אצלי לפלוני זכה לו כמו שהוא עצמו בידו יכול לזכות לחבירו כן נמי ע"י חצירו והיינו משל אחרים אבל משל עצמו לא מהני כמו שאין הוא עצמו יכול לזכות לחבירו ע"י עצמו משלו וכדתנן גבי עירוב ומזכה להן ע"י בנו ובתו אבל ע"י עצמו לא. — ובסי' ר' הביא הטור דין זה של חצרו של שליח, והקשו האחרונים במח"א וקצה"ח הא הרא"ש סובר חצר משום שליחות וא"כ איך יכול להיות החצר שליחו של שליח הא הוי להו מילי ומילי לא משתלחן לשליח וא"כ איך הביא הטור דין זה. — והעלה במח"א דה"ט בהלה המופקדין אצלו משום שהיא בידו מכבר וחייב באחריותו והוי כמו שהם בידו וכ"ל שזהו יותר משליח שנעשה עתה משום דכבר חייב באחריות והוי כשלו וע"ש ולפ"ז לא מהני בשליח שנעשה עתה. — והקצה"ח תי' משום דהוי תורת זכייה וא"כ הוי שליח זה כידו והקצה"ח לטעמיה אזיל דזכייה מטעם יד. — ולכאו' לא העלה ארוכה דהא במכר איירי ומכר לא הוי זכות גמור שנימא ביה זכייה אם לא בזבוני דזיל יותר. — והנה לפי דבריהם של הני גאונים ז"ל לסוברים דזכיי' מטעם שליחות לא מהני חצרו של שליח:

ונלע"ד דליתא למ"ש הני גאוני בתראי דהא הרא"ש ג"כ סובר זכייה מטעם שליחות ומ"מ פסק דין זה א"ו דלא שייך כאן דין מילי כלל וטעמא דידי משום דהא דלא מהני מילי למשלח לשליח היינו בשליח אדם שצריך התמנות ובמילי אין השליח יכול למנות שליח במקומו כפרש"י שאין בהם במילי כח להיות מוסרים ומשלחין לשליח אחר וא"כ עיקר החסרון שאין שליח שני יכול להתמנות וכל שליח צריך התמנות אבל אם יצויר שליח בלא התמנות הי' מהני אף במילי שאין דין של מילי נתמעט מקרא כמו שאר דין שליחות כשליח לד"ע לדעת הריטב"א או ככרי אלא היא סברא ומשום חסרון התמנות ומעתה החצר המשתמרת הרי זה שליחו של אדם מכבר ואז כשנעשה לו חצר משתמרת נתמנה לשליחו על כל שבא אח"כ וכיון שא"צ עתה שום התמנות והוא שליחו של השליח בלי שום מינוי של עתה יכול להיות גם עתה שליחו ולקנות לחבירו כמו השליח בידו ואף שכל חצר מטעם שליחות אתרבאי מ"מ לא נתמעט מזה אלא הקטן וכמ"ש לעיל משום שאין דעתו דעה גמורה ולא נתמנה זה החצר לו מעולם לשליחו דאין זה משתמר לדעתו אבל חצר של גדול הוא שליחו מקדם ולא צריך עתה שום התמנות ומהני אפי' למילי וכ"ז נ"ל ברור ולפ"ז הכל מודים דחצירו של שליח מהני כמו השליח עצמו. — וכן נ"ל עוד דאם אמר ראובן לשמעון זכה במתנה זו ללוי ושמעון אמר כן לאחר שיזכה בה בשליחותו מהני ג"כ ולא שייך דין מילי לא משתלחן ואף להסוברים זכייה משום שליחות וא"כ שמעון לא הוי אלא שליח מ"מ יכול לעשות שליח אחר וג"כ מטעם הנ"ל דבכל זכות לא צריך השליח להיות נתמנה ממשלחו דאנן סהדי שרוצה בכך וכל שלא צריך מינוי גם דין מילי לא שייך ביה ומהני שליח שני ודו"ק בכ"ז כי זה אמת לענ"ד. — והנה בהך ברייתא דברשות הלה המופקדין אצלו יש עוד גירסא אחרת מיוחסת להרי"ף והר"מ ז"ל דגרסי לא קנה עד שיגביהנה או ישכור את מקומו וכתב הרמב"ן ז"ל דאעפ"כ מהני גם לדעתם אם קיבל המוכר והנפקד אומר יזכה אצלי דהוי כהוצאה מרשות והב"י כ' דמהר"מ נראה דלא כהרמב"ן ולא מהני אלא או הגבהה או שוכר מקומו. — ונלענ"ד דמ"מ בהא כ"ע מודי דמהני חצרו של שליח כשליח עצמו ולא פליגי כאן לפי דעת הב"י אלא בכה"ג שהיה כבר מופקד אצלו ומש"ה סובר הר"מ לדעת הב"י דלא מהני משום דחפץ של המפקיד כבר קנה מקומו ונעשה רשות של המפקיד ומש"ה לא מהני מה שיאמר הנפקד יזכה אצלי ללוקח דהא אם לא יעשה קנין בחפץ עצמו איך יתחפץ להיות רשותו של הנפקד וכן נראה מלשון הרשב"ם שם ועיין קצה"ח סי' קפ"ט אבל בשליח אחר מהני לכ"ע חצרו כהוא עצמו כן נראה לי:

ובטור אה"ע סי' ק"מ נסתפק בשליח לקבלה אם האשה מתגרשת ע"י שיתן הבעל הגט לחצרו של שליח וכתב שם ומסתברא דהיינו כאשה לכל דבר. — והנה בירושלמי פ' התקבל שאל ר"א חצירו של שליח מהו שתעשה כידו וע"ש פי' בעל שדה יהושע ועיין קצה"ח ומח"א שהרחיקו לפרשו. — ואמנם על הטור קשה מאוד כיון שהיא בירושלמי אבעי דלא כפשטא איך פסק הוא לקולא ומהיכא הוציא כן, ועוד קשה באמת הא לפי מה שנתבאר א"כ פשיטא לן דמהני החצר של שליח מברייתא דב"ב שהבאתי וא"כ מה נסתפק בטור הא כבר הביא כן בסי' ר' ואי סובר דיש לחלק בין ממונא לגט א"כ מהיכא פשיטא ליה אח"כ דמסתברא לקולא ולע"ג:

והנלע"ד לתרץ אילו קושי' החמורים היא כשנקדים הקדמה אחת וזה תולדה. — המקנה בקדושין הקשה דמנ"ל שליח עושה שליח בקדשים ותרומה ותירץ דכיון דאמר רחמנא בקדשים ושחטו דשליח כמותו משמע דלגמרי הוא כמותו כאילו הוא שוחט בעצמו וה"ה לענין שליח עושה שליח דכיון דהוי כמותו יכול לעשות נמי שליח כמותו וילפינן נמי תרומה מגירושין וקדשים ע"כ. — והנה תירץ זה צריך הסבר דמה חילוק יש בין גיטין לקדשים הא גם בגט ע"כ צריך להיות כמותו ועי"מ צריך קרא לרבות שליחו עושה שליח. וכ"ל להסביר הענין קצת באופן אחר מתי' המקנה ומ"מ אחת היא והיא דבגט אילו השליח שני הוי ג"כ שליח של הבעל והאשה ולא הוי שליח של שליח והא ראי' שאפי' מת שליח ראשון מהני השני וכדאמרינן גיטין כ"ט — ואי הוי שליחו של שליח לא הוי מהני כשמת א"ו שחוזר להיות שליחו של בעל וכן כ' הנוב"י וזהו פשוט ומבואר, והסברא בזה נ"ל דכשנתרבה בתורה ונתן בידה הרי השליח הראשון הוי ע"כ כידה דהא צריך לקרות בו ונתן בידה אף שנתרבה לשליח מ"מ חזר להיות כידה אחר שנתרבה וא"כ גם השני א"א שיהי' רק שליח של שליחו דהא צריך לקרות בו ונתן בידה אלא ודאי שגם הוא נעשה שליחו של בעל או של אשה, ומשא"כ בקדשים ותרומה שנדרשה ג"כ התורה שליח מ"מ השליח הוי כמותו ממש דהיינו דהוא עצמו הוי בעל דבר והי' כמו שאמרה התורה שכל העושה שליח הרי זה כמו שנתן לשליח אותה התבואה בתרומה או אותו הקרבן והרי השליח עושה בשלו וא"צ כלל שיהי' השליח עומד כבעל ולהיות ידו כיד בעלים אלא שהוא עצמו הוי בעלים ממש משא"כ בגט הא א"א להיות כן גם מסברא דהא בגט א"א שיגרש אשת חבירו בשום אופן ומעתה בגט צריך להיות כשיעשה השליח אותה מעשה יהי' כבעל או כאשה עצמה וכמו שהבעל והאשה עושה מעשה זו ידו כידם ומש"ה צריך רבוי לשליח שעושה שליח אחר שגם הוא יהי' מעשה שלו ויד שלו כיד בעל ואשה משא"כ בממון או בקדשים הוי השליח כמותו ממש דהיינו שהוא בעל דבר עצמו וממילא שעושה שליח ג"כ שיהיה כשליח ראשון. — והנה לפ"ז יש לפרש כן ספיקו של ר"א בירושלמי בחצרו של שליח דכיון דשליח שני אינו שליח של ראשון אלא חוזר להיות שליח של בעל ואשה וא"כ חצר זה א"א שיהי' שליח של האשה עצמה דהא הוא חצירו של שליח ואפשר דלא מהני כמו שליח אדם שחוזר להיות שליח האשה וזהו ספק עלום ואף דבממון וודאי מהני היינו משום דשם מהני שיהי' שליח שני שליחו של ראשון ומצד זה הא הוי ג"כ שליחו של ראשון משא"כ בגט אשה שצריך שיהי' השליח של אשה ולא של שליח ראשון. — ומש"ה נסתפק גם הטור בזה אף שהביא בסי' ר' דמהני בממון וכמ"ש. — אמנם נראה דשפיר פשיט ליה הטור דמ"מ מהני והטעם דכשנתרבה שליח ראשון וע"כ נתקיים בו ונתן בידה וא"כ השליח הוי ממש כיד אשה ע"כ וא"כ גם חצר שלו הוי ממש כחצירה של אשה עצמה. — והשתא נבאר מה שנסתפק בירושלמי ומ"מ פשיטא ליה לטור כפי גמ' דידן. — ונאמר דהנה בגיטין דף כ"א פליגי בסברא זו ר' שימי ואביי דאיתא שם מתקיף ליה ר' שימי בר אשי הא שליחות לקבלה דמדעתה איתא בע"כ ליתא כו', ואביי אטו שליחות מידה אתרבאי מושלח ושלחה איתרבאי. — ונראה דבהא פליגי ר' שימי סובר דאף דהשליח מושלח נתרבה מ"מ לא הוי רבוי בפני עצמו אלא חזר להיות כידה וע"כ קרינן בו ונתן בידה דאיתרבה להיות כידה ומ"מ מדעתה איתא בע"כ ליתא ואף אחר יכול להיות כידה אף שאינו דומה לידה לענין בע"כ ואביי סובר דהא דנתרבה שליח דמהני הוי רבוי בפני עצמה וא"צ לקרות בו ונתן בידה כלל וא"כ אין ראיה משליח לחצר כלל דחצר ע"כ קרינן בו ונתן בידה דמידה אתרבאי אבל לא בשליח. — ומעתה לאביי שהשליח הוא רבוי בפני עצמו ואינו צריך להיות כידה ממש וא"כ אפשר דלא מהני חצירו של שליח דהא שליח שני צריך להיות שליח של אשה וכמ"ש והשליח ראשון אינו ממש כיד אשה לגמרי להיות גם חצר שלו כחצר של אשה אלא שנתרבה שהמעשה שלו מהני כמעשה האשה וכן היה סובר הירושלמי ומש"ה נסתפק וכן הביא הטור. — אבל אנן דקיי"ל כר' שימי ב"א דע"כ קרינן בשליח ונתן בידה וא"כ הוי השליח כידה ממש דהא גם הוא ונתן

וכאן בידה הוי ומש"ה מהני גם חצרו כחצר של אשה כיון שהוא בידה לכל דבר וזה ברור מאוד ולק"מ והסתכלה תוכל לטעמים דברים אלו בפי של בעל שדה יהושע ודו"ק:

עוד יש לי לעורר על דבר אחד והיא דאם חצר של שליח מהני וכמ"ש הטור וא"כ ה"ט משום דהשליח הוי ממש כאשה עצמה וזה לא מצינו בשליחות אלא למעשה של השליח הוא כמעשה של המשלח וכאילו הוא עשה אותה מעשה אבל כאן שאין השליח עושה שום מעשה אלא שהבעל מניח הגט בחצרו וא"כ ע"כ צריכין אנו לומר דגוף של השליח הוי כגוף האשה וזה א"א כדאיתא הך סברא בקה"ח ריש שלוחין ומביא כן בשם הרא"ש נדרים במי שאמר לאפטרופים שיפר נדרי אשתו שכ' שם הרא"ש דהשמיעה א"א ע"י שליח משום דמידי דממילא לא שייך מינוי שליחות והסביר הקה"ח סברתו ברמז אבל תוכן כוונתו דכל שליחות צריך מינוי ובמה דליכא שום מעשה שיעשה השליח עבור המשלח לא שייך מינוי שילוחו שיעשה דמה יעשה בזה שיהי' גוף שלו כגוף של משלח וכל שאין מעשה לא שייך מינוי וכל דלא שייך מינוי גם שליחות ליכא ובזה הסביר סברת התוס' רי"ד במלוות שבגופו דלא שייך שליחות ע"ש וא"כ גם כאן שאין על השליח לעשות שום מעשה מאי שליחות שייך דאם מהני חצרו משום דהשליח הוי כגוף האשה ע"ז לא שייך מינוי, ואי אמרת דהוי מעשה מה שהשליח מניח ליתן הגט בחצר שלו א"כ גם בשמיעה של אפטרופים איכא מעשה יותר מזו מה שהוא מכין עצמו לשמוע ומ"מ כ' הרא"ש שהוא מידי דממילא כיון שעיקר הדבר שהיא השמיעה נעשית ממילא. — אלא דלפ"ז קשה על עיקר שליחות לקבלה דהא גם בזה אין השליח עושה שום מעשה במה שידו פתוחה והבעל נותן הגט לידו דמה שמכין ידו לכך לא הוי עיקר המעשה רק מה שהבעל מניח הגט תוך ידו. — ולפי מה שנראה מרש"י כתובות שכתבתי לעיל שצריך להגביה הגט לקנותו הי' ניחא אבל כפי הנראה מתוס' צ"ל שום קנין רק לקיים ונתן בידה וא"כ ע"כ צ"ל שגוף השליח כגוף האשה ומה שליחות שייך בזה וצ"ע ולכאו' צע"ג. — ונראה מזה ראיה ברורה למ"ש לעיל דכל גט צריך מעשה קנין ותורת הקנאה אף שאין בו תורת זכייה אבל מעשה קנין צריך מכח קנין חצר או שאר קנין להמוכר כן ולא הוי הא דונתן בידה כמצוה בעלמא אלא לעשות בו מעשה קנין ודלא כפ"ם הקה"ח ובזה ניחא הכל דאף שלא נעשה שום מעשה מ"מ כיון דעי"כ נעשה מעשה הקנאה הוי מעשה דשייך בה שליחות דהכי השליח נעשה לקנות את הגט וכל שהוא עושה כדי לקנות הוי בזה שליח האשה וא"כ כן אם מניחו הבעל בחצרו הא נעשה מעשה קנין ודאי אם הי' ונתן בידה רק כמצוה בעלמא כהנחת תפילין לא הי' מהני שליחות של האשה אבל אחר שצריכא לקנות את הגט הרי היא עושה שליח למעשה קנין והשליח יכול לעשות מעשה זו כמו שיכולה וזה ברור:

והנה מצאתי להר"ן שגם הוא סובר כן דחצר שליח הוי כיד של בעל והוא בגיטין גבי הא דאמר רבא תיעול ותפתח בהזורק דכי הם הר"ן דמיירי שהי' ביתו של שליח שעשהו הבעל שליח להולכה ורבא אמר לשליח ליתיב לה להאי דוכתא ומוכח דחצרו של שליח כידו של משלח והוא הבעל ממש דלא"ה לא הי' מהני דהא ה"ל חצר של אחר והוי עלי גיטך מעג"ק אלא וודאי דהוי חצר זה כידו של בעל והיינו משום שהשליח הו' כידו של בעל לכל דבר עד שגם חצרו מהני וכמ"ש הטור.

והא דלא מהני בהא דרבא שיאמר השליח תזכה חצרי הגט לאשה דהא היא מרוצה והוי זכות לה ובמקום יבם ה"ט משום דכמו שהשליח להולכה לא יכול לעשות עצמו שליח לקבלה דלא מזכה שליחות אלא בעל כן כמו ע"י חצרו לא מצי זכי לה כיון שהוא שליח להולכה ועי"כ צריכה היא לעשות קנין בחצר:

דין יב.

חצר להקדש.

תנן ב"ב דף ע"ד הקדיש בור כו' ואין מועלין במה שבתוכו ופי' התו' ורשב"ם משום דאין חצר להקדש לקנות דחצר משום יד אתרבאי ואין יד להקדש, וכן הביא במ"א סי' קנ"ה בשם אגודה מלא דבר בבה"כ קנה המוציא דהקדש לא קנה דאין חצר להקדש. — ובתוי"ט הקשה הא חצר לא גרע משליחות ועיין קה"ח ותיתי לי שקיימתה מסברא דנפשאי ותוכן כוונתו דכל חצר שאינו ראוי להיות יד גם שליח לא הוי דלא הוי חצר שליח אלא היכא דאפשר לו להיות יד ועיין לעיל שכתבתי ג"כ סברא זו. — ובנתיבות תי' דאי מטעם שליח הוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ולא קנה. וקשה לי לפ"ז אמאי לא הקשו בגמ' מהך מתני' על המ"ד דסובר תופס לב"ח במקום שחב לאחרים קנה כיון דליכא טעם אחר ול"ע. — אלא דעל האגודה שכ' כן במצא מעות בבה"כ קשה בחת"ם א"ח סי' מ"ד הא לדעת הרא"ש שהובא לעיל בדברינו דמצא בחנות מש"ה לא קנה חצירו משום שרבים מצוים שם ולא הוי משתמר וא"כ למה אמר טעמו דאין חצר להקדש אפי' הדיוט לא קנה בבה"כ דהא אין בה"כ חצר משתמרת דרבים מצוים שם. ונראה לענ"ד דאי הי' יד להקדש הי' מהני דבהקדש הוי משתמרת משום דמהקדש בדילי אינשי והוי כדאמרינן ב"מ קי"ב יצא לו שם מציאה בעיר דלא בעי משתמרת משום דבדילי מיני' וכן מהקדש ובמקום הקדש כל אדם בדילי מיניה. — ובזה נראה ליישב מה שהקשה בקה"ח על דין של האגודה דהא בבה"כ יש לו דין חצר השותפין שקונה מציאה לפי דעת השו"ע ר"ס. ולפמ"ש לק"מ דהא דחצר השותפין קונה לשם מציאה כתבנו לעיל דהיינו אם עומדים בצדו ומשתמר לשם והך דבה"כ הוא"ל ורבים מצויים שם לא הוי משתמרת ולא מהני אפי' עומדים שם והך דהבה"כ שלהם מ"מ לא רבים מצוי' שם ואינו יכול להשתמר וכמ"ש הרא"ש בחנות דלא מהני מידי אפי' עומד בצידו מ"מ כל שרבים נכנסים לתוכו לא יוכל להשתמר וא"כ לא קנה בבה"כ מצד חצר השותפין אבל הי' קונה להקדש משום שהוא מקום מקודש ואם הי' חצר קונה להקדש הי' משתמר להקדש דבדילי מיניה אבל אחר שאין חצר קונה להקדש קנה המוציא ומה שהבי' מהא דב"מ כ"ד איכא ראי' דשם לא נאמר אלא דהוי של מוציא ולהה"א דמיירי בשל ישראל כפי ה"ט דלא הוי של הקדש משום דאין חצר להקדש ולשותפין לא הוי משום דלא הוי משתמרת לשם וכמ"ש ודו"ק כי הדברים ברורים.

גם מה שהקשה החת"ס ז"ל למה לא נאמר גם בחצר שיקנה להקדש כדי שלא תהי' כח הדיוט חמור מכח הקדש וכדאמרי' בקדושין כ"ט גבי משיכה אם משך גזבר להקדש כלענ"ד דלק"מ דלא עשו חז"ל כן אלא למי שנתן או מכר להקדש שלא יוכל לחזור דלמה יחזיר יותר בהקדש מבהדיוט ומש"ה תיקנו כן אבל בחצר דהמציאה הוי של המוציא כיון דאין חצר קונה להקדש מדינא למה יפסידו למוצא ויוציאה מידו שלא כדין וזה פשוט. — וכן מה שהקשה מהא דרבינו ברוך שבמרדכי ובאמת כי כן כ' גם הרא"ש דלא קני חצר מציאה שבא לחצר קודם ייאוש כמו ידו וא"כ למה יקנה ההקדש יותר כנ"ל. לפמ"ש הקה"ח כמה פעמים דהא דלא קנה אבידה שבא באיסור לידו הי"ע כמ"ש הרמב"ן ז"ל גבי ראה סלע שנפלה דהטעם משום דהוא נעשה שומר עליה והוי כמונח בביתו וא"כ זה לא שייך אלא בהדיוט אבל בהקדש לא נעשה ההקדש שומר ומהני היאוש אף אח"כ וכ"ז ברור מאוד:

והנה בחצר הדיוט כבר שבארנו לעיל כלל ד' דין ה' דמהני להקדש כדמוכח מהא דכי הר"ן בנדרים שאם אמר על ככר שמונח תוך ד"א שלו תקנו ארבע אמות שלו להקדש זכה ההקדש, ובמח"א הביא בשם ירושלמי להיפוך מקרא שאמר דוד ואני בעניי הכינותי וקשה הא אי בד"א שלו א"כ עשיר הוא ותי' דקמא קמא אקדים ואי כימא כהר"ן א"כ י"ל שפיר שהי' הכל ביחד אלא שלא זכה בהם הוא אלא להקדש. ושוב מצאתי להקה"ח ז"ל סי' רס"ט סק"א שהביא מירושלמי זה להיפוך וכמ"ש הר"ן ולענ"ד הדין עם המח"א דאי כהר"ן למה מוקי לה כראשון כראשון דווקא ול"ע. וכתבתי לעיל דהירושלמי סובר דלא מהני לא להקדש ולא להדיוט כן דכל שניכר דעתו שאינו רוצה לזכות בד"א אין לו ד"א כלל שלא תיקנו רבנן ד"א אלא למי שרוצה לזכות על ידן והר"ן סובר דמהני. — ויותר י"ל דהא הר"ן כ' דמהני גילוי דעת כדאמרינן בב"מ שם ולתי' דמהני כ"ש לא קיימא הך תי' דגלוי דעת מהני וכמו שנבאר לקמן אי"ה וא"כ י"ל דהירושלמי סובר דלא מהני גלוי דעת כלל וא"כ ע"כ הוא קנה תחלה וא"כ עשיר הוא ומש"ה מהני קמא קמא אקדים והר"ן סובר כגמ' דידן וכתי' ראשון וכן פי' לדעת רבא שם בנדרים ואי"ש ודו"ק:

והנה בקה"ח הקשה על הר"ן דמהני חצר הדיוט להקדש ואף שהוא לא זכה קודם מ"מ זכה חצרו להקדש וא"כ קשה הא דפי' הספינה דף ע"ט הקדישן מלאין מועלין בהם ובמה שבתוכן וכ"א בריש מסליק ומסיק דפליגי בדבר שלא בא לעולם ובפלוגתא דר"מ ורבנן ובתוס' שם ד"ה אימר דשמעית ורשב"א פי' דמיירי לשרש כגון שהקדיש בור ושובך ע"מ שיש לו כח בבור ושובך לזכות בו לצורך הקדש היונים והמים עכ"ל התוס' וא"כ קשה כיון דמהני חצר דהדיוט שיזכה להקדש א"כ נמי דאין אדם מקדיש דשלב"ל הא לאו מכח מקדים הוא אלא מכח זכייה שזוכה הקדש ע"י החצר כיון שמשייר כח בבור ושובך לזכות בו להקדש כו' עכ"ל הצריך. וכ"ה קושי' חמורה ולענ"ד לתרץ לפי מה שיתבאר לקמן אי"ה דהא דמהני גלוי דעתו היינו בד"א שהם רבנן וכמ"ש הנמק"י דבתקנתא דרבנן אם אמר אי אפשי שומעין לו אבל בחצר דאו' לא מהני גלוי דעתו אלא דווקא כוונה הפכית דהיינו שאינו רוצה לקנות לגמרי אבל גילוי דעת כזו שהוא רוצה ליתנם להקדש לא הוי כוונה הפכית דאולי רוצה הוא לזכות בה ולהקדישה וכן מוכח מהא שכ' הר"ן דמש"ה מהני גילה דעתו ולא זכה בה הוא תחלה משום הך סוגיא דב"מ דאמר שם גלי אדעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ומדכ' הכי כן ש"מ דלא הוי כוונה הפכית אלא גילוי דעת כמו הך דשם ובהך גילוי דעת כי הנמק"י דבחצר דאו' לא הוי מהני וא"כ שם בהספינה דמיירי מחצר דאו' שלו וכיון שמשייר עצמו אותו כח א"כ הוי החצר לענין זה שלו ועי"כ הוא קנה תחלה את היונים ונעשו הקדש ע"י קדושת פיו שאמר תחלה שיהי' הקדש לכשיבואו וא"כ הוי דבר שלב"ל ולא מהני כנ"ל

כנ"ל נכון. ושיטת הרמב"ן דהלר קונה להקדש אלא שאין מעילה בזכי' זו דלא הוי' קדשי בני ישראל וכמ"ש הקצה"ח בכוונתו ז"ל ע"ש. — והקשה הקצה"ח עליו מהא דשבועות גבי יש אוכל דאמר שם מוקדשין דאיתא בשאלה וקשה הא מיד שבא לחר הבית דהוי חצר של הקדש הא קנה ההקדש ע"י חצרו והו ליתא בשאלה ע"ש דלפמ"ש לעיל כלל ד' דין ד' דהכא מיירי בקדשים שהיו באחריותו לק"מ דאפשר דסברת הרמב"ן דלא קנה חצר להקדש אלא במציאה או במתנה היכא דאם קנה החצר הוי של הקדש לגמרי וילא לגמרי מרשותו של הדיוט אבל היכא דאם כאבד או נפסל הוי של נותן וא"כ לא יצא עדיין מרשותו לגמרי דהא אחריותו עליו בזה לא קני הקדש ע"י חצירו ואפי' בחצר דהדיוט יש להסתפק אם קנה חצר בכה"ג היכא שהי' שלו באחריותו וכגון במלוה ועיין פלוגתא דרב ושמואל בגיטין דף י"ד גבי הולך מנה זו לפלוני שאני חייב לו ובריטב"א שם ודוק מאוד:

דין יג.

ארבע אמות ש"א אי בעי כוונה או דעת.

ארבע אמות ש"א קונות לו בכ"מ והוא חצר דרבנן ופליגי הראשונים אי ל"ל אקני י"א שצריך לומר אקני דכן נראה בגמ' וי"א שא"ל לומר כלום. — אך בהא אי צריך עכ"פ דעת אי לא יש להסתפק ובט"ז כ"ס סי' רס"ח כתב דקיי"ן שלא בכוונה כלל כמו חצר דאו' והביא ראיה מע"ש הנמק"י שאם קדמו הבעלים עד שלא נחנו החפץ למקבל בתוך ד"א ל"ק משום שהמקום של אותו החפץ קנוי לבעליו.— וא"כ מוכח דד"א קונות לו שלא מדעתו. — ומדברי הש"ך ז"ל נראה הסיפוק שכ' בד"ה בנפילה וז"ל ולא נתכוון לקנות בתורת תקנת חכמים כסבור שנפילתו יפה לו ע"כ ולפ"ז מפורש בגמ' דאף שא"ל לומר אקני מ"מ כל שלא נתכוון לא קנה. — והנמק"י מפרש לטעם דאמר בד"א לא ניחא דלקני דכל שאימר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו ומשמע דהפי' שגלי דעתו והוי כאומר בפי' שאין רוצה לקנות בד"א וא"כ אין ראיה דבעינן כוונה דאפשר כוונה לא בעינן אבל כוונה הפכית מגרע גרע. — אלא דהא קשה לי על הט"ז דהכי דלא בעינן כוונה מ"מ כל שלא ידע כלל הוי ליה חצר שאינו משתמרת לו ולא תהני כן אפי' בחצר דאו'. ואפי' תימא דכל ד"א כחצר יד שויוהי רבנן מ"מ הא כבר כתבאר אצלינו לעיל דאפי' חצר יד בעי חצר משתמר דומיי דידו. וכן כ' הנמק"י בשם הרנב"ד במתני' דאמר זכתה לי שדי וז"ל דדוקא דאמר הכי כו' ואי לא אפי' עומד בצידו אינו משתמרת לו ואינו דומה לידו דידו משתמרת וזו אינו משתמרת עכ"ל וא"כ כל שלא ידע כלל מהד"א שיקנו לו המציאה לא הוי משתמרת וזה לע"ג על הט"ז— גם הראי' שהביא הט"ז מהנמק"י לא זכיתי להבין דהנמק"י לא כתב כן אלא בשיטה דהם וודאי כשקדם כלי הנותן קנה הכלי מקומה ולא מטעם ד"א של אדם אלא משום שכל שימעא הוי מקום שיש רשות לכל אדם להשתמש וכמ"ש כ"ז לעיל ולכך לא כתב הנמק"י כשבא הנותן ועמד שם עם הכלי אלא כשקדם הכלי ואי כוונתו משום ד"א הא לא תיקנו רבנן ד"א לכלי אלא לאדם א"ו כוונתו משום שימעא וכמ"ש התוס' קידושין כ"ה הנזכרים לעיל בדברינו וא"כ אין מהנמק"י שום ראיה לד"א בלא כוונה ולע"ג:

והנה בגמ' פריך על ר"ל מפאה וניזקין ומשני כיון דנפל גלי אדעתיה דלא ניחא בד"א אלא בנפילה ור"פ משני לה באופן אחר ובש"ע הביא שני דיעות אי אמרינן בנפל גלי דעתו או לא והרי"ף והר"מ קוברים דלא קיימי הך סברא להלכה וכן פסק הב"י. — והנמק"י כ' איכא למ"ד דדוקא בקנין דרבנן אמרי' כן משום דהוי כאומר א"א בתקנת חכמים כגון זו ושומעין לו אבל בדאו' לא אמרינן כן. — והרא"ש סובר דאפי' בדרבנן לא מהני ע"כ. — והקשה הרשב"א הא גם בדאו' אי לא ניחא ליה מי קנה בע"כ ועוד הא עודר בנכסי גר וכסבור שהוא שלו לא קנה ע"כ. — והנה הך קושי' מעודר בנכסי גר לענ"ד ל"ק כאשר כתבתי לעיל דשאר קנינים בעי כוונה לבר מחצר דקני בלא כוונה וא"כ ד"א של אדם דהוי חצר ה"א שקונים בלא כוונה ואפי' גלי דעתו דלא ניחא ליה. — אבל קוי' כאשונה קשה מאוד דהא הא דגלי דעתו הוי להנמק"י ככוונה הפכית וא"כ אפי' בחצר דאו' לא מהני. — ונראה לפרש דעת הנמק"י דודאי מי שאינו רוצה לקנות כלל לא קני בע"כ ואפי' בחצר דאו' אבל כאן שרוצה לקנות את החפץ אלא שרוצה לקנות בנפילה ולא בד"א וכל כה"ג אילו הי' חצר שלו שהוא חצר דאו' קנה לו אפי' בע"כ דכיון שהחפץ בשלו והוא רוצה לקנות קני לו החצר אף שרוצה בקנין אחר רק בד"א שהם דרבנן לא קנה משום דכשאומר אי אפשי אין לו ד"א כלל ואין לו חצר אבל בחצר שלו לא מהני גלי דעתו דכיון שרוצה לקנות קני ליה חצירו ורק כשאינו רוצה לקנות כלל ויש לו כוונה הפכית שלא לקנות לא קני אבל סתמא וכן גלוי דעת לקנין אחר לא מהני לבטל קנין חצר דאו' משא"כ שאר קנינים בעי כוונה לקנות כמ"ש לעיל. — והנה בהא דלא קיי"ל כסברא דגלי דעתו בנפילה וקני מ"מ בד"א כמבואר בש"ע. — ויש להסתפק אי כיונא דמש"ה לא קיי"ל כך סברא משום דכה"ג לא הוי גלוי דעת דמוכח ואם הי' מגלה בפי' בדעתו יותר מהני שלא לקנות או כיון דמאחר דקיי"ל כרי"ש לא מהני שום גלוי דעת כלל וכן מלאתי באמת במה"ל דלא אמרינן סברא זו כלל.—והמל"מ כראה ג"כ שסובר כלד השני שכתבתי דלא פסקינן לה לסברא זו כלל ואפי' הי' גלוי דעת טוב לא מהני ולא קנה שהוא הקשה בפ"ב מזכיה מהא שכ' הרמ"ם אם הלביכים של גר כו' כיון שלא כיון לקנותם כו' ובזה לא קנאם והקשה המל"מ מהך דהכא דקיי"ל דאפי' גלי דעתו דבנפילה רולה לקנות ולא בד"א ואפ"ה קנה אלמא דאפי' בדרבנן לא מהני גלוי דעת ומכש"כ בדאו' ע"ש ומוכח דקובר לך הפכי דאי יש לחלק בין גלוי דעת טוב לאינו טוב א"כ לק"מ דהך דבנפילה ניהא ליה לא הוי גלוי דעת טובה א"ו כמ"ש דלא מהני כלל:

וכן איתא סברא זו בהספינה בר"ם ולא אמר שמוכר כלום והלוקח משך לא קנה ואף דאיכא בכלל משיכה מסירה מ"מ גלי דעתו שרולה במשיכה ולא במסירה. וכן הביא המל"מ גם ראיה זו. — והנה כל הקושיות הללו לענ"ד לק"מ לפמ"ש לעיל דכל שאר קנין בעי דוקא כוונה לקנות וא"כ כל גלוי דעת שלא לקנות בקנין זה ליכא עכ"פ כוונה לקנות ואין ראיה מחצר ד"א דקיי"ל כל חצר לא בעי כוונה וא"כ אף שגלי דעתו שלא לקנות בקנין זה מ"מ כיון שרולה לקנות קני ולע"ג שגם בשאר קנין כל שדעת אחרת מקנה לא בעי כוונת קונה לקנין מ"מ הא אמרנו דכל שגלי דעתו שאינו רולה בקנין זה הוי כוונה הפכית לקנין זה וגרע מבלא כוונה כלל אבל בחצר דלא בעי כוונה אלא הפכית שלא יקנה כלל ה"א דפוסלת אבל אם רולה לקנות אף דאיכא כוונה הפכית מקנין זה מ"מ קני וא"כ לק"מ. — והנה גם אנכי הקשיתי קושי' אחת הדומה לקושי' המל"מ והיא מהא דאיתא בקדושין דף י' כל הבועל דעתו על גמר ביאה ופי' שם בתוס' שאם הערה ופי' קונה בהערא' אלא כשגמר ביאתו הוא דלא קני בהערא' שדעתו על גמר ביאה וקשה הא כיון שהוא ר"ל לקנותה א"כ אף שדעתו על גמר ביאה מ"מ כיון שהערה בה קנה כדאמרינן דאף דגלי דעתו אנפילה מ"מ קנה בד"א. ולפמ"ש ל"ק דרק בחצר אמרינן כן דלא בעי כוונת קנין אבל בשאר קנין לא אמרינן כן. — והא ראיה דבאמת ביאה שלא בעי כוונה לקנות הוא קונה אותה בהערא' אף שדעתו על גמר ביאה. — ואמנם מה שתי' המל"מ ז"ל ה"א סברא נכונה מאוד לשוי' אליו וס"ל דכל היכא דהוא מכוון לקנות בקנין אחר בא בטעם שכבר עבר קנין הראשון לא מהני קנין הראשון שלא רלה לקנות בו דהא לא רלה אז לקנות כלל ואח"כ עבר הקנין ושאני חצר וד"א שגם דגלי דעתו אנפילה מ"מ גם כשנפל עליה עדיין הי' בארבע אמותיו ואז רלה בקנין ובזה מיושבים ג"כ כל הקושי' הנ"ל. — והנה היכא דאיכא דעת אחרת מקנה דעת הראב"ד בנמק"י פ' חזקת הבתים גבי הא דר' ענן שקי"ל בדקא בארעא דל"ל כוונת קונה לקנין וכן דעת הרשב"א גיטין דף כ' ע"ש ולפ"ז בנתן מתנה לחבירו ומקנה לו בד"א של מקבל והמקבל לא ידע ולא כיון לקנות קנה מ"מ אף לדעת הסובר דבעי כוונה בד"א מ"מ הא בדעת אחרת מקנה לא בעי כוונת קונה וא"כ לפי הש"ע דגם במתנה מהני ד"א קנה. — ומ"מ כ"ל דיש להסתפק בזה דהא דמהני כוונת הנותן בדעת אחרת מקנה הייכו משום דעכ"פ הקונה עושה מעשה קנין ואף דאינו מכוון מ"מ מהני כוונת המקנה משום זכייה וכמ"ש הקצה"ח משא"כ בד"א כל שאינו מתכוון לקנות אין לו ד"א כלל וליכא שום מעשה קנין ואפי' אי אין הטעם של הני ראשונים משום זכייה מ"מ נראה שיש לחלק בין עשה מעשה קנין לד"א שלא בכוונת קונה דנ"ל ד"א ול"ע בזה:

וראיתי בקצה"ח שכ' דהא שכ' הטור שצריך שיהיו מעשיו מוכיחים שמכוון לתקן הקרקע וכ' הרמ"ם ז"ל וה"ה בלוקח דיכא הכי אבל כ' הא כי דלוקח קנה בכל ענין ע"כ ל' הטור והקשה בקצה"ח תיפוק ליה דכל היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ל"ל כוונה לקנות ותי' דשאני התם דלריך שיהיו מעשיו מוכיחים לכך דאל"ה אפי' מעשה ליכא וע"ש הי"א סברא נכונה וא"כ לפ"ז נראה שגם בד"א כל שאינו מכוון כלל ליכא שום מעשה קנין. — ואמנם ראיתי עוד שם בקצה"ח שהקשה מהא שכ' הראב"ד דאפי' מדד הלוקח על הטמרים ל"ק שלא נתכוון לקנות במדידה זו דלא נתכוון אלא למדידה יקשה הא הראב"ד עלמו סובר דבדעת אחרת מקנה ל"ל כוונת קונה וכן קשה אהא שכ' ביו"ד סי' עכום מודד הנבים תחילה לקנות קני ואם לאו ל"ק דאעפ"י שהגבים בטעם שהוא מודד ל"ק ע"ש. — והנה סובר הקצה"ח ז"ל דאפי' אם גם המקנה לא כיון להקנות לו בקנין זה באופן דליכא לא כוונת קונה ולא של מקנה ג"כ קנה בדעת אחרת מקנה. — ולענ"ד אין זה מוכרח דמהא שמוכיח הראב"ד גבי הא דר' ענן אין להוכיח כן דאפשר לפרש דמש"ה אמר לו שגם את לא ידעת וגם המזכה לא ידע שאם הי' יודע המזכה והי' מכוון להקנות לו הי' מהני, וכן אם כאמר הסברא בהא דמהני דעת אחרת מקנה בלא כוונתו של קונה משום זכייה א"כ וודאי שצריך המקנה לכוון להקנות לו באותו קנין ומהני כוונתו למעשה הזוכה ואי לא"ה לא מהני דלא זכה לו וא"כ לפ"ז ל"ק על הראב"ד. וכן הא דקשה מיו"ד גבי מדד הנכרי ג"כ לק"מ דהא אי מטעם זכייה לא

לא מהני כן בכרי ליכא זכי' בכרי. — שוב מצאתי כן בח"ס יו"ד סי"ג. — ונראה דהקצה"ח ז"ל סובר דלא ס"ל להני ראשונים מטעם זכייה אלא הר"מ ז"ל סובר כן וכמ"ש הקצה"ח סי' ר"ס ע"ש:

דין יד.

ארבע אמות במתנה ומכר.

הנה בכתובות כ' התוס' דלא תקנו רבנן ד"א אלא במציאה דלא ליתי לאנצויי אבל בגנב לא ומהאי טעמא נראה שגם במתנה ומכר לא תקנו דלא שייך דלא ליתי לאנצויי. — ואמנם המחבר והרמ"א פסקו לדינא הרמ"א בסי' ר' והמחבר בסי' רמ"ג דקנה אף במתנה. — ובש"מ הקשה וא"ת למה תיקנו משיכה ליקני בד"א וי"ל כיון שהכלי קדם לזכות של מוכר אין זה זוכה באותו מקום ע"י ד"א עכ"ל. — ולכאו' יש להקשות לפמ"ש הנתיבות סי' רס"ב דייאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתא לרשות זוכה ע"ש דנסתייע כן מפי' הרשב"א ולפ"ז קשה א"כ אמאי מהני ד"א במציאה הא יש לה בעלים עד דאתי לרשות זוכה וא"כ קנה מקמיה דהא קדם המציאה באותו מקום והוי כמו מתנה, ואי נימא לחלק בין בעל הממון דמציאה לבעל הממון של מתנה דבמציאה כיון שיש כח באחר לזכותה אין כוחו של בעל המציאה גדול כמו של בעל מתנה, אי נימא כן א"כ גם קו' הרשב"א לק"מ לפי מה שפי' בה הנתיבות שהקשה איך מהני שלר שליח הא צריך שיהי' שליחו של בעל הממון וכדאיתא בירושלמי שאין אדם נעשה שליח לקבל מתנה, ולפי הנ"ל הא לא דמי דלענין מקבל מתנה צריך שיהי' שליחו של בעל הממון אבל במציאה אין כח של בעל המציאה יפה כ"כ א"ו דאין לחלק כיון שלא יצא מרשותו עד דאתא לרשות זוכה וא"כ מה חילוק יש בין מציאה למתנה לענין ד"א וצ"ע. — ולולי דברי הנתיבות נראה לי דהרשב"א לא הקשה אלא קושי' אחת דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים והא שמזכיר הרשב"א בעל הממון היינו שאם הי' כאן בעל ממון והי' זה שליחו של בעל ממון הי' קונה כמו שאם הלוה עצמו תופס וכפי' רש"י ז"ל בתופס לב"ח דמהני בשויה שליח אלא במציאה דליכא בעל ממון כלל קשה מתופס לב"ח כן נראה לי ואינו מוכח מהרשב"א הך סברא דייאוש לא יצא מרשות בעל המציאה עד דאתא לרשות זוכה אבל לפי' של הנתיבות ז"ל קשה:

והנה במתנה שקדם הכלי למקבל איכא פלוגתא וכו' הב"י דמהרא"ם משמע דאין לחלק בזה ואפי' קדם הכלי קנה. — והטעם נ"ל דאף שקדם הכלי מ"מ הא הנותן סילק עצמו מאותן ד"א שהרי נותן הכלי למקבל והוא אין לו ד"א ויכול הוא לסלק עצמו מד"א שאינם אלא שלו מה"ת וכמו שכ' הנמוק"י בהא דגלי דעתו בכפילה ואף שהב"י לא סבר לה לנא דהנמוק"י וקנה מ"מ היינו שם שרוצה עכ"פ לקנות לא מהני גלוי דעתו אבל כאן מודה דמהני סילק עצמו מהם אך כ"ז כשהנותן הלך לו מהד"א ולא נשאר רק החפץ שקנה מקומו אבל אם שניהם עומדים שם יש להסתפק אי מהני סילוקו של נותן דכל שהוא עומד שם לא יצא החפץ מרשותו וכן נראה מגיטין שם בהזורק שאם הבעל והאשה עומדים בד"א לא מהני הגט ומשמע דאפי' אם הבעל סילק עצמו משם לא מהני ואפשר לחלק וצ"ע. — ואין להקשות אי מהני ד"א במתנה א"כ ל"ל משיכה דהשתא להב"י ליתא לתי' שכ' בש"מ דהא אפי' קדם הכלי קונה המקבל ונראה דהב"י והרא"ם סוברים כפי' התוס' דמשיכה במתנה קונה מה"ת אפי' לר"י כל היכא דליכא מעות קונה משיכה מה"ת וא"כ שפיר תיקנו משיכה שהיא קנין תורה ואם במתנה קונה א"כ גם במכר שאין לחלק וכ"מ היכא דא"ל משוך וקני דקפיד אמשיכה, ונראה שזהו כוונת הש"ך סי' ר' ס"ק ה' שם בסוף אלא שקיצר ע"ש. — ואף שכתבו התוס' ב"ב שהבאתי לעיל דאף היכא שקפיד אמשיכה מ"מ קונה בשוכר מקומו שהביאה לרשותו היינו במכר דאוי' אבל במכר דרבנן של ד"א לא אמרי' כן אלא היכא דקפיד אמשיכה לא מהני ד"א כנ"ל ברור:

דין טו.

ד"א בגנב ובגט.

הנה כבר הבאתי לעיל מדברי התוס' דלא תקנו רבנן ד"א בגנב ולא נתחייב ע"י ד"א וכתבו עוד דלר"ש דלא תקנו ד"א בר"ה ניחא ואפשר שגם בגנב איכא ד"א בסימטא ועיין ש"ך שהקשה על הרא"ש דכיון שהוא סובר כר"ש דליכא ד"א בר"ה א"כ למה הכניס עצמו לכתוב דבגנב לא תקינו ליה רבנן ד"א כיון דל"ק קושי' התוס' ותי' הש"ך דנ"מ בסימטא והקשה בקצה"ח מ"מ מאי נ"מ בסימטא הא ממנ"פ אי משכה הגנב א"כ חייב ע"י משיכה ואי לא משכה א"כ לא עשה מעשה וגנב לא חייב בלא מעשה גניבה ותי' הנתיבות דמשכחת כגון שעשה מחילה בפניה ע"ש. — ולי נראה עוד נ"מ בחפץ ארוך או בהמה שצריך למשכה כולה ממקומה הראשון עד שיגיע כולה למקום שהי' קופה אי מעשה משיכה צריך לעשות משיכה כולה כהלכתה ואי קנה ליה בד"א אלא שצריך מעשה כדי שיעשה מעשה גניבה שני שימשכנה רק קצת דהוי מעשה גניבה דהא לקנין קונה אותה בד"א ושפיר חייב ולכך כ' הרא"ש דלא תיקנו בגנב ד"א כלל וצריך למשוך אותה כדין כל משיכה כדי לעשות בה מעשה קנין ואי לא לא חייב כנ"ל ברור:

והנה על קושי' התוס' אמאי לא קנה הגנב בד"א אמרתי לתרץ דלא תקינו לו רבנן ד"א לחייבו לשלם. — שוב ראיתי קו' הרשב"א בב"ק דף ע"ט גבי כתבו לגבורות בנו דפרש"י שם שנתחייב הגנב במשיכת השומר והקשה הרשב"א הא ע"כ איירי שלא ידע השומר שהוא גנוב כדמוכח שם בתוס' וא"כ אמאי חייב הגנב הא כל קנין צריך כוונה לקנות, ועיין קצה"ח סי' רנ"ה שהקשה כן מדעתו ובמה שהניח שם ואני אמרתי ליישב בסברא נכונה והיא דהא כל גנב ודאי שאינו רוצה לקנות הגניבה שיהי' שלו דלמה לא לרס זו אלא ע"י כתחייב באונסין אם יארע איזה אונס קודם שיאכלנה יהי' חייב ולמה יקנה הוא רוצה לאכול דבר של חבירו אבל לקנות אינו רוצה וכיון שכן למה חייב באונסין, ואינו כיוצא בזה במעשר שני לר"מ שכ' הריטב"א בסוכה ליה דאפי' אכלה ולעסה כולה לא קני אלא של גבוה אכיל והנה כן נמי הגנב אם לא רצה לקנות לא קני אפי' אכלה כולה, אלא ודאי אף שלא קנה מן הדין מ"מ התורה אמרה כל שעשה בה מעשה קנין שקונה במכר גם הוא קונה לחייבו באונסין ואפי' הוא עומד וצווח שאינו רוצה לקנות מ"מ קנה בגזירת התורה לרעתו, וכן מצאתי אח"כ להגאון שמחת יו"ט ז"ל דאפי' אכלו כולו אם אומר שאינו רוצה לקנות לא קנה באמת ע"ש סי' מ"ט דף קפ"א וא"כ ע"כ הא דהגנב קנה ואפי' עומד וצווח היינו גזה"כ. — ומעתה ל"ק קושי' הרשב"א על רש"י ז"ל דהא כיון שמשיכת השומר בשליחות הגנב הוי כאילו משך הגנב עצמו וא"כ הרי עשה בה מעשה קנין ואי דליכא כוונה מה לי בכוונתו הא אפי' עומד וצווח שאינו רוצה לקנות ולא קנה מ"מ קנה לענין לחייבו באונסין כנ"ל ברור. — ועפ"ז מיושב קו' התוס' דכ"ז לא שייך אלא בעשה מעשה קנין אז לא איכפת לן בכוונתו ורצונו אבל בארבע אמות איך יתחייב הגנב הא הוא אינו רוצה לקנות וא"כ כל שאינו רוצה לית ליה ד"א ולא עשה א"כ שום מעשה קנין כלל. — ולא שייך חיובו של גנב אלא במעשה אשר המעשה לא יתבטל בדליכא כוונה או שאינו רוצה אלא דהוי מעשה בלי רצון וכוונה ועי"ז חייבו התורה אבל בד"א כל שאינו רוצה אין לו ד"א וליכא שם מעשה כנ"ל:

ואמנם חזרתי בי דע"כ צ"ל שגם ד"א הוי מעשה קנין כמו שאר חצר או שאר מעשה דכיון שתקנו רבנן ד"א הוי ג"כ מעשה דאל"כ קשה מאוד איך מהני ד"א בגט אשה ומגורשת בהם בע"כ הא היא עומדת וצווחת שאינה רוצה בהם וא"כ אין לה ד"א כלל ואין דומה לנתן בידה או בחצירה שאף שאינה רוצה לזכות בגט מ"מ איכא עכ"פ מעשה קנין אבל ד"א אי נימא דכל שאינו רוצה אין לו ד"א כלל א"כ אמאי מגורשת בע"כ וכן מצאתי שהקשה בטו"ב גיטין, ואף דהרמב"ן ז"ל סובר דהא דמהני ד"א בגיטין הוי משום אפקינהו רבנן לקדושין מ"מ כיון דאכן אמרינן דכל שאין אדם רוצה אין לו ד"א כלל קשה דהא לא עשה שום מעשה קנין והרמב"ן ז"ל לא תיקן בזה אלא אפי' אי הוי מעשה קנין שם לא הוי אלא קנין דרבנן ואמאי מהני לגט אשה דע"ז כי הר"ן דמהני מטעם הפקר ב"ד והרמב"ן סובר משום אפקינהו אבל אי נימא דכל שאינו רוצה אין לו ד"א א"כ אין כאן אפי' מעשה קנין דרבנן וע"כ צ"ל דכיון שתיקנו רבנן ד"א לקנין א"כ אף שהאשה אינה רוצה לזכות מ"מ הבעל עשה המעשה קנין שזרק לה הגט תוך ד"א שלה וזה הוי מעשה קנין וכמו דמהני בגט מעשה קנין דאו' אף שהאשה לא קנתה לגט דבע"כ אינה קונה מ"מ הא הוא עשה מעשה שקונה אם היא רוצה והתורה אמרה שאין רצונה מעכב וא"כ כן נמי בד"א הוי מעשה קנין מדרבנן ומהני או להר"ן משום הפקר ב"ד או להרמב"ן משום אפקינהו ולק"מ קו' הטו"ב גיטין. — אלא דלפ"ז נדחה גם מ"ש לתרץ קו' התוס' בד"א לגנב דגם בגנב שלא הקפידה התורה בהא אם הגנב רוצה או אין רוצה לקנות אלא כל שעשה מעשה קנין שקונה בעלמא חייב באונסין וא"כ כן נמי בד"א הוי מעשה קנין ושפיר הקשו התוס', ע"כ צ"ל כתי' התוס' ותו לא מידי:

דין טז.

כלי של אדם קונה לו בכ"מ.

מבואר בגמ' ב"ב כלי ש"א קונה לו ופי' הראשונים דהוא מטעם חצר ויש לחקור אי הוי כחצר המשתמרת וקונה לו שלא מדעתו וא"צ לעמוד בצדה או דווקא כשעומד בצדה. — ומצאתי להגאון נתיבות ז"ל שכ' דכל שיש לה מחיצות הוי כחצר המשתמרת וכמו חצר שיש לו מחיצות דמי דא"צ שיהי' נעול במנעול וכבר הבאתי דבריו לעיל. — והביא הגאון ז"ל ראיה מהא שכ' רש"י ותוס' בעירובין שצריך דווקא לעמוד תוך ביתה וא"כ אי הוי כלי שלה שאינה משתמרת א"כ הי' צריך לעמוד תוך הכלי וזהו א"א וכבר כתבתי לעיל שאין זו ראיה דהא שכ' שצריך לעמוד בתוכה לאו דווקא אלא כמ"ש הה"מ בתוכו

קלת

ושילה ופי' כוונתו כדי לעמוד סמוכה ממש וכל בקרקע אם לא יעמוד קלא בתוך השדה א"א לאמרם לעמוד סמוך ונוגע בשדה אבל בכלי אפשר לתפוס בה בידו א"צ לעמוד בתוכה כלל ומ"מ אפשר דצריך עמידה בצידה דאינה משתמרת וכ"ז ברור ונוכח ג"כ דאל"ה איך אשה מתגרשת ע"י קלתה הא בעי אף דמשתמרת מ"מ הא צריכה ג"כ סמיכה משום יד וא"כ הא צריך לעמוד בתוכה והיא אינה עומדת תוך קלתה ומגורשת א"ו כמ"ש דכל שקלתה דבוק לה שפיר מגורשת דהוי סמוכה ממש. — והנה לכאו' נראה להביא ראיה דכל כלי הוי משתמרת וא"צ עמידה בצידה דאל"ה קשה הא שאמרו כלי ש"א קונה לו בסימטא ול"ל הכלי תיפוק ליה דקונה בד"א שלו וכיון שצריך לעמוד ע"כ סמיכה לכלי א"כ הוי תוך ד"א שלו. — בשלמא לדעת רש"י ותוס' שאם אין השדה משתמר א"צ לעמוד בסמוך כ"כ אלא עד שיהא עומד על ידו א"ש דאפשר לאוקמי כגון שלא הי' בד"א של כלי ולא קנה אלא משום הכלי אבל לשי' הרא"ש שצריך לעמוד בצידו של אינו משתמרת שיהי' מכח יד וא"כ צריך שיתפוס הכלי בידו וקשה א"כ הא קונה בד"א ואף ע"ג קרקע או כלי. ואינו אפשר לתרץ דהכ"מ כגון שהי' גם הנותן עומד בתוך ד"א אילו וכה"ג ל"ק מכח ד"א כמבואר לעיל. — עוד י"ל לתרץ עפמ"ש הש"מ ב"מ דף י' אהא דפריך שם בגמ' אלא מעתה זרק לה לתוך קלתה כו' והקשה הראב"ד תיפוק ליה משום ד"א שלה ותי' בשמו דאין ד"א קונות לאדם אלא בעומד ולא במהלך, אבל השיטה תי' דקלתה מבטל קנין ד"א משום דד"א הוי קנין דרבנן וקלתה חצר דאו' וא"כ אין הד"א קונין במקום קלתה וקלתה הוי חצר מהלכת עכ"ל וזהו דבר חדש ולמדתי מזה דאף באינה משתמרת הדין כן שהכלי מבטל קנין הד"א והכלי אינה משתמרת וע"כ צריך לעמוד בצידה ממש לדעת הרא"ש כיון דאינה משתמרת אינה קונה אלא מכח יד ודו"ק:

והנה לדעת הגאון נתיבות ז"ל דווקא כשיש לה מחילות הוי משתמרת וא"כ כלי שאין לה מחילות ומ"מ הוי כלי כגון מחצלת ע"כ צריך לעמוד בצידה ממש או אפי' בתוכה לדעת הגאון ז"ל. — וקשה לי לפ"ז מהא דאיתא ב"מ ס"ט גבי מסכסכא מסלקין אותו אפי' מתמרי דהפקירא ואמר שם דלמ"ד כלי של לוקח ב"מ קנה אפי' לא אגביהו בקיסתא קני ופרש"י שם קנה לו המחצלת והמחצלת הוי כלי שאין לה תוך ולא מחילות ומ"מ הוי כלי ולא דמי להך מצודה דבגיטין כ"ע דכל שאין לו תוך לא הוי גזל דשם ה"ט משום דמצודה לא הוי כלי כלל אבל מחצלת הוי כלי. — ואמנם קשה כיון שאין לה מחילות א"כ הא צריך לעמוד בצידה ובתוכה ולמה לא הוזכר שם ג"כ דדווקא כשהי' עומד בצידה ואדרבא משמע מדלא הזכיר כלום דבכל ענין קנה ול"ע. ונראה ליישב דשם הא באמת הך חצר הוי חצר משתמרת לדעת התוס' שהי' דר בו אלא דהחצר עצמו לא קנה ליה למלוה מכח אלינו משום דמן שלוה ולאוזפתו לא קני חצר המושכר ממנו וכמ"ש הש"מ הבאתיו לעיל, אבל המחצלת של המלוה קונה לו למ"ד כלי של לוקח ב"מ קונה ואף דלא הוי משתמרת הכלי עצמה מ"מ משתמרת היא למלוה דהא כולה מונחת במקום משתמר למלוה ואף שהחצר לא הוי שלו לקנות בתוכו מ"מ מהני לו המשתמרת של חצר להכלי שלו אם נכון:

ויש לי ספק לדעת זו אם היתה מחצלת בביתו של מוכר ואמר לו המוכר קני בכליך אי כיון דקני דאף שאין המחצלת עצמה משתמרת מ"מ הא עתה היא במקום משתמר מהמוכר וקונה הכלי ללוקח אף שאינו עומד בסמיכה לה או דילמא כיון דלא מהני חצרו של מוכר כן נמי צריך כלי של לוקח חצר משתמר מעצמו או לעמוד בצידו ול"ע.

והנה אפשר להוכיח מהא שכ' הריטב"א בשם דר"ג שצריך דווקא הפסק מחילות וכל שאין הפסק מחילה לא הוי משתמרת וא"כ מחצלת ל"ק שאין לה מחילות. ומ"מ אפשר דהא שצריך שם דווקא הפסק מחילה ה"ט משום דהתבואה מונחת ע"ג קרקע אבל על מחצלת הוי הפסק ולא בעי מחילה וכן נראה.

עוד נסתפקתי אם היה כלי מונח על העבד והוא אינו כפות ורוצה לקנות פי' בכלי זו שהיא הלינו אי קונה לו אי כיון דהעבד הוי חצר מהלכת ולא קנה על ידו גם משום הכלי לא קנה או דילמא דאף שהעבד מהלך מ"מ הא הכלי שעליו נייחא והרי הכלי דומה שפיר לידו שגם ידו של אדם שהוא נייחא קונה לו אף שגופו לא נייח. — וכן אמרינן שם ב"מ דפריך אלא מעתה זרק לתוך קלתה אמאי מגי' ומשני קלתה מינח נייחא ואיהו מסגא תותי וא"כ גם על עבד הסבכא נותנת דמגו' בכה"ג ע"י כלי שלה. — וגם דאי כיון דלא קנה א"כ קשה לדעת הגאון נתיבו' ז"ל דכל כלי אף שהיא מונחת בשדה שאין השדה משתמר מ"מ כל שיש לה מחילות היא מקרי חצר משתמרת וקונה א"כ כן נמי אם הכלי מונחת על העבד תהי' קונה דמ"ש מאם היא מונחת בחצר שאינו משתמרת או מונחת על עבד מהלכת. — אלא שאם כיון דקנה הכלי על העבד א"כ קשה דלפ"ז גם אם נתן הגט בידו של עבד תהי' מגורשת דהא ידו של עבד נמי אינה מהלכת כמו ידו של אדם שקונה לו אף שגופו מהלכת כן נמי ידו של עבד והא דבעינן כפות היינו דווקא ע"ג עבד עצמו שהוא המהלך אבל ידו הא נייחא וזה לא אלינו וכיון דלא נמלא וודאי דלא מהני כן לא לענין קנין וק"ו לענין גט:

ולפמ"ש לעיל בדין מהלכת לדעת רש"י דחצר מהלכת לאו מגזה"כ דידו הוי אלא מסברא דכל מהלכת הוי אינה משתמרת כלום שיכול לברוח, אין כאן שום ספק דלא מהני לא ידו של עבד ולא כלי ע"ג עבד כל שאינו כפות דהא כל שיכול לברוח לא משתמר כלל גם הכלי אף שיש לה מחילות מאי מהני. — אבל לדעת הרא"ש דחצר מהלכת לאו סברא אלא גזה"כ דלא הוי דומיא דידה א"כ כלי ע"ג עבד דלאו מכח עבד קנה אלא מתוך כלי א"כ מאי איכפת מה שהעבד מהלכת הא גם השדה אינה משתמרת ומ"מ קונה הכלי. — ונראה ליישב ולחלק דחצר מהלכת דפסול מגזה"כ לרא"ש א"כ גם כלי שעל גביו לא מהני דבטיל לגבי החצר עצמו דהוי מהלכת אבל חצר שאינו משתמרת דאינו רק סברא שאין אדם מניח שם חפציו וכיון שכן הכלי שיש לה מחילות ומשתמרת לא בטיל אגב חצר דהא איהו משתמרת ותו ליכא סברא דאין אדם מניח ושפיר קונה:

ואמנם לא אכחד דלענ"ד לא נראה גוף הדבר שסובר הנתיבות ז"ל דלפי דעתו כלי שמונחת בשדה היא קונה משום שיש לה מחילות ואין זו סברא דהא כלי עצמה אם הי' רוצה לקנותה עתה ע"י חצר זה לא הי' קונה אותה דהא היא מונחת בשדה שאין משתמר וא"כ איך יקנה הפירות שבתוכה ע"י מחילות שלה כיון שהיא עצמה לא משתמר שיוכל כל אדם ליקח הכלי עם הפירות. והא דמוכח בגיטין כ"א במצודה שיש לה תוך הוי גזל גמור וקונה לו המצודה ואפי' לא עמד אצלה ה"ט דכיון שא"א מצודה זו שתפרוש בעצמה וידוע לכל שאדם פרסה במתכוון ה"ל משתמרת משום דבדילי מינה וכדאמרינן ב"מ ק"ב ילא לו שם מציאה בעיר בדילי מינה ומכש"כ בכה"ג והכל בבדילי תלי' מילתא אבל כלי בשדה יוכל להיות אבידה ומציאה.

ועוד הא חצר משתמרת היא מכח סברא ואיך נאמר שאם כלי מונחת בשדה שנכנס בה אדם פי' הואיל ויש לה מחילות הא הכלי גופה אבודה היא שם והא דכל חצר שיש לו מחילות מהני. ואינו צריך לנעול במנעול ה"ט משום דכל אדם בדיל מחצר שיש לו מחילות ומגנבים לא אמרינן בהן אבל כלי שעומדת בשדה שיש לו רשות לכל אדם לא הוי משתמרת כלל. — וע"כ כלענ"ד ברור דכלי לא הוי חצר משתמרת אלא אם עומדת בחצר משתמר ואז ל"ל לקנין כלי אלא הא דכלי קונה בסימטא או בכה"ג היינו אם אדם עומד בצידה ותופס בה. — ומעתה גם על גבי עבד אם האשה תופסת בכלי והעבד ישן אף שאינו כפות מהני דהא היא מתגרשת בכלי וישן צריך שלא יהי' משתמר לדעת העבד ואם אינה תופסת בכלי הא לא מהני גם בקרקע וא"כ מש"ה לא נזכר דין זה דאם תפסה בכלי היא פשוט לפי דעתי עד שלא הוצרכו לזכרו אך ביד עבד ג"כ אפשר דמהני אם האשה תופסת בידה ידו של עבד, אבל מ"מ אפשר דידו בטיל לגבי עבד אבל כלי וודאי מהני אם תופס בה. ול"ע בכ"ז:

דין יח.

כלי של לוקח ב״מ.

בעי' ר"פ כלי של לוקח ב"מ קנה או ל"ק וכתבו בתוס' ד"ה בעי דאף ע"ג דאר"י כ"מ שיש לו רשות להניח שם מ"מ קבעי ברשות מוכר דדילמא לא אתיא למעוטי אלא ר"ה דמאן שביק מאן שביק ולא נוחא להו לבני ר"ה להניח שם כלי אבל ברשות מוכר שמא משאיל לו המוכר מקומו לקנות מה שהוא מוכר לו עכ"ל. — ותמהו גאוני בתראי ז"ל על דברי התוס' דלפ"ז מאי פריך לקמן ואי בכליו ש"מ אמאי קנה ופי' בתוס' והרשב"ם דאי כליו של לוקח ב"מ קנה א"כ לא בטיל הכלי לגבי הרשות ואם כן כליו ש"מ נמי לא בטיל לגבי רשות של לוקח ולא קני. — ולפי' התוס' הנ"ל קשה דילמא בטילה הכלי של לוקח וכן ש"מ והא דקני ברשות לוקח ה"ט שמשאיל לו המוכר מקומה וא"כ יש לו רשות. — כן הקשה המח"א והנתיבות הקשו מלך השני דילמא אף אם כלי של לוקח ב"מ ל"ק משום שאינו משאיל לו מקומה מ"מ י"ל ג"כ כלי ש"מ ב"ל נמי ל"ק דאינה בטילה ולא תלי' זה בזה כלל. — ונלענ"ד לבאר דברי התוס' על מכון ולבאר עוד מה דקשה לי בסוגי' זו דלפי מה שמבואר דכ"מ שיש לו רשות להניח הכלי שם קנה הכלי וכן אמרינן שאם בעלים מוכר קלחות ואין מקפיד על מקומה וכן כל שמכר לה הכלי שמביא הטור בשם הר"י מיגאש דתו אינו מקפיד וקנה וא"ל שום קנין לקרקע דכל שיש לו רשות להניחה שם קנה לו הכלי כמו בסימטא וקשה ע"ז מאוד הא וודאי כל מוכר כשבא הלוקח עם הכלי שלו למדוד פי' שקנה ממנו אין המוכר מקפיד אז על הנחת הכלי ברשותו לשעה וא"כ אמאי לא תקנה ליה כלי של לוקח ב"מ ומאי מספקא ליה לר"פ הא יש לו עתה רשות להניח שם והוי כסימטא וזה ל"ע אף שלא הזכרו מזה שום מפורש:

ואשר ע"כ נ"ל לבאר הענין לפי האמת. ואומר אני דהא שאמר ר"י כל מקום שיש לו רשות להניחה היינו דווקא אם אותו הרשות

שיש

שיש לו הוי לו כקימעא והיינו שיש לו רשות מעצמו להשתמש שם בלאי לקיחת רשות משום אדם כקימעא זו שהיא רשות לכל אדם וגם אם יכלה לקנות שם מאחר לא דווקא ממוכר זה ג"כ יש לו רשות זה מיקרי יש לו רשות גמור דהא יש לו רשות לכל קנין שירצה ומאי שירצה וזהו וודאי דהוי אחר שרבתה תורה וכן אם בעה"ב מוכר קלחות או אם קנה ממנו הכלי קודם לזה הקנין שקנה עתה פירות אז אין המוכר את הכלי מקפיד כלל על מקומה להניחה שם ואפי' אם לא הי' קנה אילו הפירות עתה הי' לו רשות זה ואפי' אם הי' רוצה עתה לקנות בה מאחר לא הי' מקפיד המוכר דהא מיד כשלקח ממנו הכלי מרוצה המוכר להניחה שם כמשלו וזה הרשות דומה לקימעא. אבל אם לא לקח הכלי ממנו וא"כ לא הי' לו רשות קודם לכן כלל וגם עתה אין לו רשות להניחה ולקנות שם מאחר רק דלקנין זה שקונה עתה ממנו הפירות נותן לו המוכר רשות להניחה כדי למדוד הפירות וא"כ אין רשות זה דומה לקימעא כלל דהא אין לו רשות מעצמו וקודם לקיחת הפי' אילו לא הי' לו רשות וגם אם ירצה לקנות מאחר אין לו רשות וא"כ אף שאין המוכר מקפיד עתה בשביל שרוצה למכור פירות אילו לא הוי רשות להניח כקימעא ולא זהו אחר שאמרה תורה שצריך רשות מעצמו ורשות לכל שירצה וכיו"ז שיא ברור מאוד ואמת. — ולפי"ז הא דמהני כשיאמר לו המוכר קני בכליך אף אם לא מכר לו הכלי קודם ולא דמי לקימעא ע"כ לא הוי הטעם משום שיש לו רשות עתה להניחה שם דהא ביארנו שזה הרשות לא מהני כלום אם לא הי' לו רשות מקודם ולכל חפצו עד שיהי' כקימעא אלא ע"כ מש"ה מהני כשאמר לו המוכר משום דבאמירה זו מבטל המוכר רשותו שבחצר לגבי כליו של לוקח וביטול זה מהני ולא צריך קנין אחר דכיון שיש לו ללוקח כלי ואחר טוב שיקנה בה אלא דרשות המוכר בחצר מעכבו וכשמבטל רשותו לגבי כלי מהני באמירה, ודבר זה מבואר בתוס' ד"ה בכליו שכתבו שם דהמ"ל דניחא ליה למוכר שיתבטל כלי שלו אגב רשות של לוקח ע"כ כמלא מפורשת סברא זו דאף הכלי של מוכר איכה בטילה מעצמה והי' הדין שלא יקנה מ"מ מהני מה שמבטלה המוכר או ניחא ליה שתתבטל. — וכן מצינו סברא זו של ביטול רשות לגבי אחר בעירובין שאחד מבטל רשותו לגבי אחרים ומהני ואעפ"י שאין ראי' לדבר זכר לדבר יש עכ"ם. ושפיר לפי"ז ע"כ גם מ"ם התוס' כאן שמא משאיל לו המוכר מקומו לקנות שפי' לא נתכוונו כמו שהבינו המחברים ז"ל דעי"כ יש לו רשות להניחה והוי כקימעא דהא כבר ביארנו לעיל דרשות כזה לא מהני כיון שלא הי' לו רשות קודם וגם לזו הוי זה רשות גמור כאשר הוכחנו דהא אם הי' זה רשות מהני א"כ הא כל מוכר וודאי שאינו מקפיד על מקום הכלי וכאשר כתבנו לעיל בביאור א"ו כוונת התוס' שמא המוכר מבטל רשותו לגבי כלי של לוקח והוי כאומר לו קני בכליך דניחא ליה שיתבטל רשות לגבי כליו של לוקח.

ועפ"ז יש ליישב קו' המהרש"א ז"ל על התוס' ד"ה כגון שהי' בעלה מוכר שהקשה לשיטת של התוס' איך מהני באומר לו ז"ל קני או משאיל מקומו ע"ש ולק"מ דגם למסקנת התוס' לא הוי הטעם משום שיש לו עתה רשות להניחה אלא משום שמבטל רשותו ודו"ק. ועתה נשובה ונראה שכל דברי התוס' הנ"ל נכונים הם דהנה כל מה שכתבנו מביטול רשותו של מוכר שאם הי' משאיל או מבטל רשותו לגבי כליו של לוקח מהני ולא צריך למשות קנין בקרקע של מוכר סברא זו לא שייכא אלא אם הכלי של לוקח איכה בטילה מעצמה לגבי רשותו של מוכר או היה שאין לו רשות להניחה שם דכיון שאין הכלי בטילה א"כ יש לו ללוקח חצר אלא שגם רשות של מוכר לא בטיל ומעכבו מליקנות ומש"ה כשהמוכר מבטלו מהני שפיר אבל אם הכלי של לוקח בטילה מעצמה לגבי אותו רשות שאין לו רשות להניחה א"כ אין לו ללוקח שום חצר ועלי' מהני מה שהמוכר מבטל רשותו לגבי כלי הא אין לו ללוקח שום כלי ולא מהני ביטולו של אחר מהם אלא אם השני במקומו עומד, אבל אם הכלי או הרשות נתבטל אצל האחר א"כ תו לא מהני מה שמבטל האחר רשותו או כליו לגבי השאר. — וא"כ לפ"ז וודאי כשרולה לומר כלי של לוקח ב"מ קנה ומוקי' לשיטא בכליו של מוכר שפיר פריך דאי כלי של לוקח קני א"כ ע"כ לא נתבטל הכלי דאי נתבטל א"כ מאי מספקא לר"ש אי המוכר משאיל ומבטל רשותו לגבי הכלי הא ליכא כלי שהיא בטילה מעצמה לגבי הרשות, והגמ' ידע שפיר דכל האבעי' של ר"ש לא היתה אלא שמא משאיל המוכר רשותו וכמ"ש התוס' וא"כ ע"כ דלא בטילה הכלי מעצמה וממילא שגם כלי של מוכר לא בטילה לגבי רשותו של לוקח וממבעיא שקנין ולא קני וה"ה מדכליו של לוקח ב"מ קני ע"י שמשאיל המוכר מקומה ע"כ לא בטילה הכלי וא"כ כלי ש"מ ב"ל לא קנה דהא ג"כ לא בטילה ומעכב הקנין. — והוי מצי למימר דניחא ליה למוכר שתתבטל הכלי שלו לגבי רשותו ומש"ה קנה כמו שקנה כלי של לוקח ב"מ כשהמוכר משאיל ומבטל רשותו וזהו שכתבו התוס' ד"ה בכליו. וכן לקמן דפריך ואי כליו ש"מ ב"ל קנה הלוקח א"כ כלי של ב"מ נמי לא קנה הלוקח דכיון שכלי ש"מ קנה שלוקח ע"כ שבטילה הכלי מעצמה א"כ גם ש"ל ב"מ לא קנה אף אם ניחא ליה ושאיל דהא ליכא כלי, וממילא שגם כאן שמ"ל לדחות כמ"ש לעיל דלעולם לא בטילה מעצמה אלא ע"י דניחא ליה למוכר וגם שם ניחא ליה. — ועכ"ם דברי התוס' אלו נכונו בלי פקפוק דהא דלא מהני כן הא שקשו כן התוס' עצמם וא"כ זאת כוונת דבריהם ברור. — ומ"מ לדינא נ"ל לדעת התוס' ז"ל שבהם שר"ם מסופק אי המוכר משאיל ומבטל מקומו כן נמי הוי ספק זה בכלי ש"מ ברשות לוקח אי קנה הלוקח מה"ט ג"פא דשמא ניחא למוכר ומבטל הכלי לגבי הרשות. — והיינו דתוס' מפרשים דהיתה אבעי' אי המוכר מבטל רשותו לגבי כלי של לוקח א"כ כן נמי בכלי של מוכר יש ספק זה שמא מבטל המוכר כליו וא"כ י"ל בשניהם קנה או לא קנה ולא תליא זה בזה לומר דאם כלי של לוקח ב"מ קנה בכלי ש"מ ברשות לוקח לא קנה וזהו כוונת התוס' במה שהקשו דהמ"ל שהמוכר מבטל דאין לחלק בין רשותו של מוכר לכליו אלא כמו שמהני ביטול רשותו כן נמי מהני ביטול כליו דמ"ם, וילא לנו שיטת התוס' ברור בלי פקפוק ואף שהמחברים לא ביארו כן והקשו על התוס' דלעיל מה שהתוס' עצמם הקשו אני הנלענ"ד אמת כתבתי והמעיין היטב יראה האמת.

והנה אבעי' זו לא נפשטה ונוכר שבעל המאור ז"ל וכן כ' הטור שאם לקח הרי זביני מאים אחר אחר בכלי ש"מ ב"ל וחדא בכלי ש"ל ב"מ קינה אחת מתכ"ם ע"ש שהם פירשו האבעי' דהיתה אם הכלי בטילה לגבי רשות או לא וא"כ אי בחדא לא קנה קנה באידך וכל דאיכא מתכ"ם תו ליכא ספקא. — ודעת הרי"ף והר"ם ז"ל דבשניהם לא הוי רק ספק של קני ול"ק ועיין רמב"ן ז"ל שמסיק דלהרי"ף הספק בשניהם דאפשר תרתי בעינן והוי ספק של קני והמעיין ע"ם וכן הביא הש"ע בשם הר"י מיגא"ש ובכ"מ תמה עליו ולענ"ד זהו פי' הרמב"ן ז"ל וכל הסוגי' עולה יפה לפי' זה למעיין. — ובר"ן פי' הזורק כ' דלענ"ג דכאן לא נפשטה מ"מ שם מוכח דלא קנה. —

והנה הר"מ פ"א מזכים כ' הפורש מצודה בשדה של חבירו שאם הי' בעל השדה עומד בצידו הוא קנה ולא הפורש והשיג הראב"ד שא הוי גוזלות מפריחין וכ' הש"ע דכיון שבאו למצודה ונלכדין בתוכה ובעל המצודה ל"ק דהוי כלי של לוקח ב"מ. — והקשה הלח"מ דא"כ בעל השדה נמי ל"ק דהוי כלי ש"מ ב"ל, וכ' הקס"ח דכל היכא דלא הי' לו רשות להניח כלי שלו כלל אין כלי שלו יכול לבטל קנינו של מוכר ונסתעיי מדברי התוס' הנ"ל דכל אבעי' של ר"ש לא היתה אלא שמא משאיל לו המוכר. — ולכי מלאתי סברא זו בריטב"א גיטין ע"ט גבי שתי קופות שפי' שם בשם רבו שאם קדמה קופתה אף שאח"כ הושיב הוא קופתו שם איכה מעכבתו מלקנות ולא הוי כלי ש"ל ברשות מוכר משום שלא הי' לו רשות להושיב שם קופתו ע"ש. והנה היא סברת הקס"ח ז"ל. אבל גם לולא סברא זה הי' נראה לענ"ד דיש ליישב דלשמ"ם לעיל שיובר הר"מ ז"ל דכל שאין כאן תרתי דהיינו הרשות של אחד וכלי של אחר או להיפוך הוי ספק של קני ואין תולין זה בזה כלל אלא הספק בשניהם וכמ"ם הרמב"ן ז"ל וכן נתבאר דעת התוס' דהספק בשניהם ודלא כבעה"מ והטור ז"ל. — וא"כ לפ"ז א"ם דין של הר"מ ז"ל דוודאי כל ספק של קני היכא שבא להוליא מחזקת מרים קמא אינו יכול להוליא אבל כאן כיון שבכל אחד הוי ספק וליכא חזקת מרים קמא דהא מהפקר בא וא"כ נחזי אנן מי מהם מוחזק יותר ובא מכח תפישה כדי שיהי' השני כקרא מולא מידו ואומר אני דבעל השדה הוי התופס משום שגם הכלי והדגים בשדה שלו עומדים דאין לומר כלל שגם השני תפוס משום שהם בכלי שלו זה אינו דוודאי לענין הספק של קנה גם הוא בכלל הספק כמו בעל השדה אבל לענין תפיסה בעל השדה תופס הכל והשני רולה להוליא מידו אלא שאם לא הי' בעל השדה עומד בצידו לא הי' נכנס הוא בספק קני כלל דהא הוי אחר שאיכה משמרת אבל כשעמד בצידו גם הוא בספק קני כמו שאחר ואמכם הוא התופס והמוחזק ומש"ה הוי שלו ולא של פורש וזה הוא ברור ואמת בדעת הר"מ ז"ל:

והנה אח"כ מלאתי סברת הקס"ח ז"ל בריטב"א גיטין ע"ט גבי שתי קופות שפי' שם בשם רבו שאם קדמה קופתה אף שאח"כ הושיב הוא קופתו שם איכה מעכבת מלקנות ולא הי' כלי ש"ל ב"מ משום שלא הי' לו רשות להושיב שם קופתו ע"ש ומבואר סברת קס"ח. אבל מ"מ לא חזרתי מפי' שלי:

דין יט.

כלי של לוקח ב"מ ואמר לו קני בכליך.

מסקינן בגמ' דכשאמר לו המוכר קני קנה ופי' הרשב"ם דווקא כשאמר לו קני בכליך ובהא ניחא דאף דמדד הוי כאומר לו קני מ"מ לא מהני לענין כלי ש"ל ב"מ שלריך שיאמר לו קני בכליך. — וכתב הטור בשם הרמ"ה דווקא כשאומר לו קני דאדעתא דלמקני יהיב ליה אבל אם נתן לו רשותו להניחה לא מהני וכ' עליו הטור והר"י מיגא"ש לא כ' כן הכ' דאם קנה כלי מן המוכר ואח"כ קנה פירות קנה בתוכה כלי שאין המוכר מקפיד על מקומה עכ"ל. — ועיין במח"א שכתב

דלהרמ"ה ל"ק קושי' התוס' הנ"ל מר"י דמיירי ג"כ שנתן לו רשות אלא דלא מהני. — ומצאתי להריי"ט אלגאזי ז"ל בבכורות דף כ' שהאריך להוכיח דהני דנתן לו רשות להניח כליו והוי קרקע שלו ע"י כשאלה והביא ראיה מפי' הפרה ועפ"ז הקשה על הרמ"ה בתמי' אי סובר כדעת הר"ש דאכילת פי' הוי חזקה והנחת כלי הוי ג"כ חזקה א"כ אמאי לא מהני כשנותן לו רשות להניח דהא עי"כ קנה הקרקע בשאלה ואי ס"ל דלא הוי חזקה א"כ אמאי מהני כשאמר לו לך וקני הא לא עשה קנין בקרקע וע"ש דמסיק דכשאמר לו קני אנן סהדי דגמר ומקני וקני הקרקע לשאלה בלא שום קנין ע"ש. — ודבריו ז"ל הם לענ"ד דברים תמוהים מאוד דלפי דעתו ז"ל קנה זה מכח שאלת קרקע וא"כ למה אמרו כלי ש"א קונה לו בכ"מ ולאתוי רשות מוכר הא לא קנה ע"י הכלי אלא ע"י הקרקע גופא וא"כ ל"ל הכלי והא גם עג"ק הי' קונה כן מכח אנן סהדי שקנה את הקרקע והוי שלו. — אלא וודאי שכל הסברא ליתא דלא שייך כאן גמר ומקני דלא אמרינן סברא זו אלא אם יש לו הנאה יתירה לבד מהמקח כאשר כתבתי לעיל דין י' והוכחתי שם סברא זו ע"ש. — ולפי דעתי נראה דשיטת הרמ"ה היא שיטת התוס' ולפי מה שפירשתי לעיל דנתינת רשות להנחת הכלי לא מהני כלום דבלא"ה נמי ידענו שאין שום מוכר מקפיד על הנחת הכלי כשבא למדוד פי' שקנה ממנו אלא שסובר הרמ"ה והתוס' דזו לא מהני כלום דע"י הנחת הכלי עדיין לא קנה החצר דהם סוברים דכל שאלה צריך קנין קרקע גופא ולא כהר"ן ז"ל או כמ"ש הריטב"א שהבאתי לעיל באותו דין דכל שלא שאל הקרקע לכל תשמישו אלא לאותו תשמיש של קנין לא מהני לקנות בתוכו. — והא דמהני כשאומר לו קני בכליך ה"ט משום דהמוכר מבטל רשותו לגבי כלי של לוקח וזה מהני וא"כ צ"כ צריך שיאמר לו קני דזה הוי ביטול רשותו כשאמר לו לקנות בכלי שלו אבל אם נתן לו רשות להניח ליכא ביטול שלא דבר עמו מקנין ורשות להניח לו מהני אלא אם יש לו רשות זה מקודם ובלתי רצונו של מוכר כמו סימטא שיש לו רשות מעצמו או כמו בעל מוכר קלתות שיש לו רשות להניח קודם שקנה פי' אילו וגם אילו קנה מאחר הי' קונה במקום זה בכלי שלו דהא יש בו רשות גמור כחצרו. — אבל מה שנותן לו רשות עתה לקנין זה לא הוי רשות כלל, ואין להקשות שאם יש לו רשות גמור א"כ ל"ל כליו תיפוק ליה דהוי חצירו זה אינו דהא לא עשה קנין בגוף הקרקע ואינה שלו בשאלה וכשלוקח את הכלי משם לא הוי מקומו כלל אבל עכ"פ יש לו רשות לכלי מכבר, אבל מה שנותן לו עתה רשות לקנין זה לא מהני אלא ע"י ביטול לגבי כלי. — ובהכי ניחא נמי מה שכ' הטור מלוקח כלי מן מוכר ומבעלה מוכר קלתות דשאני התם דהוי רשות כבסימטא וזה ברור בדעת הרמ"ה. — ועיין לקמן שהבאתי ראיה לסברה זו מהרש"י פי' הזורק:

והנה במח"א הקשה קו' חמורה על החולקים על הרמ"ה וסוברים דסגי בנתינת רשות להניחה מהא דב"מ ס"ה מחלקין אותו מתמרי דאבודיי דאמר שם למ"ד כלי ש"ל ב"מ קונה קנה ומשמע דלמ"ד ל"ק גם שם ל"ק וקשה הא שם יש לו רשות להניחה וכיון דסגי בהכי ואל"ל קני תקני כליו לכ"ע והיא קושי' גדולה. — ונראה לתרץ עפמ"ש בש"ע דהא דלא מהני הלוקח אף דחצר השכורה קונה היינו מעלמא אבל לחובת המשכיר לא וא"כ גם לענין רשות י"ל כן דהא דמהני נתינת רשות היינו מהמוכר שנתן לו רשות ורוצה להקנות לו. ואף שחזר בו אח"כ מ"מ בשעת קנין רצה ברשות זה שיקנה ממנו משא"כ שם שהוא לחובתו בשעתו ואנן סהדי שאילו הי' יודע לא הי' נותן לו רשות זה וא"כ כמו דלא מהני לו חצר עצמו מכח סברא זו כן נמי לא מהני לו הרשות דהוי רשות בטעות כן נראה לי:

דין כ.

כלי של מוכר ב"ל ואמר לו קני בחצירך.

הנה נתבאר לעיל דלדעת הטור הוי ספק קני כלי ש"מ ב"ל דתלי' בהך אבעיי' דר"ש ודעת הרי"ף והר"ן דהוי ספק בשניהם. — ואם אמר לו המוכר קני בחצירך לא נמצא מפורש בש"ס וכ' הטור דנ"ק ופי' הסמ"ע דבשלמא כלי של לוקח ב"מ דיש לו חצר ואינו מחוסר אלא נתינת רשות ומהני בדיבור אבל כלי ש"מ דעיקר החצר חסר כאן צריך קנין ולא מהני הדיבור וכן כ' הב"י והלח"ם ודעת הר"ן ז"ל פי' הב"ח דמהני קני גם בכלי ש"מ ב"ל. — והנה לפמ"ש לעיל בדעת התוס' והרמ"ה דהא דמהני קני בכלי ש"ל ב"מ הוי משום דמבטל רשותו א"כ גם בכלי ש"מ ב"ל מהני קני בחצירך דהוא מבטל כלי שלו לגבי הרשות של לוקח וא"ל שום קנין דכמו דמהני ביטול רשות אגב כלי כן נמי מהני ביטול כלי גבי רשות — ופלא גדול על האחרונים שהעלימו עין מתוס' ד"ה בכליו שכתבו בפי' שאם ניחא ליה למוכר שתתבטל הכלי אגב הרשות מהני וא"כ אם אמר כן בפי' הוא מבטלו ומהני ולע"ג. גם הרמ"ה סובר כן וכמ"ש לעיל שסברתו ג"כ משום ביטול ויש לו להר"ן ז"ל סייעה גדולה — והנה לכאו' יש לי להקשות על פי' הטור דלא מהני קני בכלי ש"מ ב"ל ומשום דל"ק בדיבור בעלמא כמ"ש הסמ"ע וקשה הא הכלי עומדת בחצר של לוקח וכשאומר לו קני וקיבל עליו הא קנה את הכלי ע"י חצרו להיות שלו בשאלה לקנין זה וא"כ מה קנין צריך יותר ולפ"ז י"ל דיותר מהני קני בכלי ש"מ ב"ל מבכלי של לוקח ב"מ דשם ליכא רק דיבור בעלמא אבל כאן הא ע"י הדיבור נעשה מיד קנין ע"י חצרו לכלי עצמה וזו הערה גדולה. ונראה דמיירי שהיו הפי' כבר בכלי כשאמר לו קני וכן משמע דאילו לא היו הפי' עדיין בכלי לא הי' צריך לאמירת קני לדעת הרי"ף ז"ל שהמדידה הוי כאומר לו ז"ל קני וא"כ למה הוצרך הרי"ף לומר ז"ל קני א"ו באופן זה שהפי' היו מונחים בכלי קודם שפסק עמו ולא הי' מדידה אחר שפסק עמו ולכך צריך שיאמר קני וא"כ בכה"ג בכלי ש"מ שהיו הפי' מונחים כבר בכלי לא מהני קני דבדיבור לא קנה הכלי ואי שקנה הכלי ע"י חצירו וקנה הפי' ע"י הכלי ג"כ לא מהני דכל שצריך החצר לקנין לא אמרינן מתנה וחצר כאחד דהיינו כמ"ש לעיל לשי' הש"ך וסייעתו דכל שבא לחצירו קודם שהי' חצר שלו לא קנה ולא מהני הא שאמר לו קני בחצרך. — ולפ"ז אם אמר לו אח"כ עוד פעם שנית קני בחצרך הי' מהני דמתחילה קני את הכלי לשאלה ואח"כ הפירות וכן אם אמר המוכר כן קודם שבאו הפי' לכלי ג"כ מהני, אלא לדעת הריטב"א שהבאתי לעיל דכל שלא שאל הכלי אלא לתשמיש של קנין לבד לא קני שיקנה בתוכה, אלא דכפי הנראה אין שיטתו ז"ל מוסכמת משאר פוסקים דא"כ לא היו צריכין לומר משום דלא נקנה בדיבור דאפי' נקנה לא מהני כלי מושאל כזו לחצר. — והנה ע"פ האמור מצאתי יישוב למה שהקשה הנתיבות של הרמ"א דכאן הביא בשם י"א דלא מהני קני בכלי ש"מ ולקמן בסעיף ז' שכ' המחבר דאחר מדידת כל הכור אינו יכול לחזור בו אף בכלי ש"מ והטעם לדעת הרי"ף דמדידה הוי כאומר ז"ל קני ואמאי שתק הרמ"א שם ולא הגיה דלדעת הי"א יכול לחזור ולפמ"ש א"ש דהא דלא מהני להי"א קני בכלי ש"מ אף דקני הכלי ע"י חצרו ה"ט משום דהצ"ל חצר ומתנה כאחד וא"כ במדידה דמיד שהתחיל למדוד ה"ל לדעת הרי"ף כאומר קני ועדיין לא באו הפי' לתוכה והוי הכלי שלו קודם שבאו כל הפירות לתוכה וכשנתמלאה אח"כ בפירות הא באו לחצר שלו אחר שהכלי שלו והכל מודים דמהני וזה נכון. — ואמנם כבר הבאתי בשם הרשב"ם שצריך לומר דווקא קני בכליך וא"כ לפ"ז לא הוי מדידה שאומר בכליך, גם לפמ"ש בדעת התוס' והרמ"ה דקני מש"ה מהני משום דמבטלי רשותו א"כ וודאי דתו לא הוי מדידה כאומר קני לענין ביטול אלא צ"ל בפירוש ול"ע בכל מ"ש:

דין כא.

אי מהני בגט אשה כלי שלה ברשות בעל ואמר לה קני או לא.

נסתפקתי אם כלי שלה עומדת בחצר שלו וזרק לה גטה ואמר לה קני בכליך אי מהני ומגו' או לא. — דלכאו' נראה דמהני כמו דמהני לקנין וכמו שאם בעלה מוכר קלתות שאין מקפיד על מקומה כן נמי מהני קני דמ"ש. — ואמנם נראה דדין זה תלי' בפלוגתא של הרמ"ה עם שאר הראשונים דלשאר הראשו' דהטעם של קני הוי משום נתינת רשות להניחה וכמו כן מהני אם אמר לה קני דהא נתן לה רשות אבל להרמ"ה דלא מהני אלא קני שהוא קונה את הרשות לדעת הריי"ט אלגאזי או לפמ"ש אני שמבטל רשותו אגב כלי וא"כ בגט אשה בע"כ לא קנתה את החצר וגם ביטול של בעל לא מהני לה בע"כ דאין כותבין לאדם חצר בע"כ ולשאר הראשונים דל"צ קנין אלא רשות ואותו רשות יש לה אם היא רוצית או לא. — ונראה שכן יש להביא ראיה דאיכא מגו' באומר קני מדלא משני תירוץ אחר על הך דזרק לתוך קלתה אלא כשבעלה מוכר קלתות ואמאי לא מתרץ שאמר לה הרי את מגו' בכליך דמהני ואין לומר שלא ידע עדיין דמהני באומר קני ז"א דהא בגיטין דדייק סתמי' מהא דזרק לה לתוך קלתה כלי ש"ל ב"מ קנה ואמר ר"י מקום קלתה קנוי לה מנ"ל לר"י להוכיח כן הא הוא ידע דמהני קני וא"כ דילמא מיירי בכה"ג ואין לומר שלא רצה לאוקמי מתני' במסכתא של"ל כרשב"ם קני בכליך דלא מתורץ בזה כלל דהא ר"י מוקי לה במסכתא שבעלה מוכר קלתות א"ו מוכח דלא מהני כן בגט אשה בע"כ. — ולפ"ז צ"ע מהא על הראשונים החולקים על הרמ"ה דל"ל לדעתם אלא שיהי' לה רשות להניח הכלי וא"כ אמאי לא תהי' מגורשת הא הוא נתן לה רשות וקנין ל"ל. — ונראה דאפשר ליישב גם לשיטתם ז"ל דהא דמהני נתינת רשות בלא קנין היינו משום שיש לו ללוקח כלי והלוקח אינו מבטל כלי שלו לגבי רשותו של מוכר דהא רוצה לקנות אבל בגט בע"כ כיון שהיא אינה רוצית היא מבטלת כלי שלה לגבי הרשות וא"כ תו אין לה כלי ולא מהני נתינת רשות כלום. — אמנם סברא זו תלי' בהא אי מהני קני בכלי ש"מ או לא דאי מהני קני בכלי ש"מ ב"ל והטעם כמ"ש לעיל משום שמבטל המוכר כלי שלו לגבי רשות דלוקח א"כ גם האשה תוכל לבטל ואין לה כלי ולא מהני נתינת רשות כאמור אבל להסוברים דלא מהני קני בכלי ש"מ א"כ לא תלי המוכר לבטל הכלי ולא מהני שום ביטול זה לגבי זה כלל והא דמהני קני בכלי של לוקח משום נתינת רשות אבל ביטול לא מהני וא"כ גם האשה לא תוכל לבטל וא"כ אם אמר קני ונתן לה רשות תהי' מגורשת ולע"ג על הטור וסייעתו דלא מהני בכלי ש"מ. — ומוכח כהרמ"ה דהא דמהני קני הוי מטעם

קנין

קנין או ביטל ומש"ה לא מהני גם בע"כ, או כהי' הסוברים דמהני קני גם בכלי ש"מ מטעם ביטל אבל על הטור קשה:

והנה בגיטין דף ע"ח כ' רש"י ז"ל ד"ה בין וז"ל ועד עכשיו הי' אותה המקום קנוי לה ע"כ. ונראה שס"ל דמש"ה מהני משום שהי' אותה מקום עד עכשיו קנוי לה אבל אם הי' נותן לה עתה רשות לא מהני וכמ"ש לעיל וא"כ גם באומר קני לא מהני דהא דמהני בלוקח משום ביטל או קנין ולא משום נתינת רשות וכמ"ש לעיל. — וכן בתוס' ד"ה כגון שקשר וא"ת השתא כו' א"כ אפי' בעלמא כלי ש"ל ב"מ קנה הכא דלרחוקה קאתי לא מהני עכ"ל ולכאו' מה סברא יש בזה לחלק. ונראה כוונתם שהם סוברים דהא דמהני כלי ש"ל ב"מ היינו שמא משאיל לו המוכר ופי' דניחא ליה שיתבטל הרשות והכא דלרחוקה אין אדם מוכר לרחק אשתו ולא ניחא ליה וכן פרש"י בהא דלרחוקה קאתי בלכיכתא דקדושין דף ס' ע"ב ע"ש אבל לפי מה שהי' אחרונים אבעי' דר"ם אי הכלי בטיל לגבי הרשות או הרשות לגבי כלי מעולמו לא יוכל להבין סברת התוס' ול"ע. ולענין מה שהוחלכנו אי מהני קני בגט ילא לכו דלדעת הרמ"ה וכן לדעת התוס' לא מהני וכן מוכח נ"כ מדבריהם שכ' דהאי גט אשה דלרחוקה קאתי וא"כ כמו דאין יכולין לומר מקנין דכלי ש"ל קנה בגט דאפי' אי מהני בקנין בגט לא מהני א"כ כן נמי לענין אמר קני יש לחלק דאף דמהני בקנין בגט לא מהני משו' דלרחוקה קאתי. — גם לדעת הר"מ דמהני קני בכלי ש"מ נ"כ וכתבו בטעמו משום שמבטל הכלי וא"כ גם האשה מבטלת כלי שלה ולא מהני נתינת רשות מבעל בע"כ של אשה. — ולאותן הסוברים קני מהני משום נתינת רשות ולא מהני קני בכלי ש"מ הוי מגורשת כן גם באשה אם אמר הבעל קני בכליך ואמר ע"כ קשה לי על המחבר שהביא הדין של כלי של לוקח ב"מ בסי' קל"ט דהוי ספק מגורשת ועיין ב"ש שם ודו"ק. — ולמה שתקו כולם מדין זה שאם אמר לה קני בכליך ואדרבה מדשתקו נראה שסוברים דאין לחלק בין גט לקנין וא"כ מהני כן בגט נמי ולענ"ד להני שיטות דלעיל איכא מגו' וא"כ הוי ספק מגורשת לענ"ד ול"ע בכ"ז מאוד. — ומצאתי להרב הגאון מו"ה יצחק בכר דוד ז"ל בספרו דברי אמת דף ל"ו ע"ב שבא על כה"ג במ"ש הר"ן פי' הזורק על קו' הרמב"ן דאם הבעל יכול לשמרו א"כ איך מגרי' הא אגוד גביה ותי' הר"ן דוודאי משאיל לה מקומו ובא עלה בדברי אמת מזה שכ' הר"ן בזכיי' בדבר שמתחילתו זכות ואח"כ חוב דמהני לדעת הר"ן, ולפ"ז גם בנידן דידן א"ל כן דמהני כשמשאיל לה אגרו. — ועי"ש דלאו כ"ע מודי להר"ן ול"ע:

דין כב.

חצר גזול אי קונה או לא.

נסתפקתי אם גזל כלי ואח"כ רוצה לקנות בתוכה פירות שקנה אי קונה או לא מי נימא כיון שכל גזלן קונה הגזילה והגזלה תשמיש שלו הוי כשואל כמבואר בסנהדרין ע"ב וכן בש"ע סס"ג ושע"א ע"ש בש"כ שא"ל לשלם הכאת שימוש וא"כ הוי לו כלי שאולה וקונה בתוכה או נימא דלא קנה משום דלא רבתה התורה אלא חצר של היתר אבל חצר של איסור לא קנה והגזל אף דאינו חייב לשלם אם שימש בו מ"מ הא אסור הוא לשמש דכל גזל חייב לקיים מצות והשיב, וכן נראה אלא שלא מצאתי דין זה מפורש. — והנה בב"ק קי"ח ע"א פרש"י ד"ה פרה שקנה ספרה מכח אבא ולא מכח חצר ונראה שנשמר מזה דמכח חצר לא קנה דהוי חצר הגזול, וא"כ מוכח דל"ק בכלי גזולה ואין לחלק דשם מיירי בקרקע שאינה נגזלת והכלי הא נגזלת וקנאה לתשמיש זה אינו דהא שם לר"א פי' כן ור"א הא סובר שגם קרקע נגזלת וחייב באונסין ותו אין לחלק בין כלי לקרקע א"ו דאין חצר גזול קונה כלל, ואדרבה הוי כש"כ מה שם בדר"א דמיירי לקנין של חיוב לגזלן שיתחייב באונסין ומ"מ לא ניחא לרש"י ז"ל לפרש מכח חצר משום דחצר גזול ל"ק מכש"כ לענין קנין מו"מ שיהי' קונה לגמרי דלא קני בגזול ועיין לעיל כלל ו' דין ב' מ"ש שם דגזלן ל"ק אלא בעשה מעשה קנין שקונה במו"מ. — והי' אפשר לדין בזה משום מקח שנעשה באיסור אלא דקיי"ל דמהני ועיין סמ"ע ס"ק במו"מ ר"ח אלא שיש לחלק בעניינים שונים למעיין שם אבל לפי מה שהוכחתי מדעת רש"י הנ"ל ע"כ לאו משום לא קני דהא שם לאו במקח אלא בגזלן לחייבו ומ"מ לא ניחא לרש"י ז"ל בחצר א"ו דלא יוכל למילף מקרא דנתרבה חצר אלא חצר דהיתר אבל דאיסורא לא. — ויש לי להקשות לפ"ז אהא דפריך בע"ז דף ע"א ותקנה ליה כליו ואמר ש"מ כלי ש"ל ב"מ לא קנה. וקשה דילמא התם רב שמא הנכרי גזל או גנב את כליו ולא תקנה לו והוי דמי יי"נ וכמו שחשש ר"ה בסוכה בהנהו אוונכרא שהנכרים גזלי בדות וא"כ וודאי שכן יש לחוש שמא גנב את הכלי דסתם עכו"ם גנבים הם ויש לחוש עכ"פ לענין אי' יי"נ ומאי פריך א"ו מוכח דכלי הגזול קונה. — אך אמנם אכתי לא הועלנו אי קשה כן א"כ אכתי קשה דהא שיש לצדד דכלי גזול קונה היינו בישראל שקנה הגזלן את הגזילה ומקיים בה מצות השבה והוי שלו אבל הנכרי כיון דליתא בהשבה א"כ ל"ק כלל והוא וודאי לא קנה בכלי גזולה. — אלא דזה אינו דהא לרש"י בעירובין ס"ב קנה הנכרי את הגזילה להיות שלו לגמרי שקלב"ע דהגרב ואינו משלם וא"כ הוי שלו לגמרי וקונה בה ולדעת התוס' דלא שייך קלב"ע בנכרי מ"מ הא הם כתבו דהנכרי קנה ג"כ לענין החיוב שלו כמו הישראל וכן כתבו בע"ז ע"א ג"כ וא"כ הוי כישראל לענין קניית תשמיש של הכלי:

אבל מצאתי להגאון קה"ח ז"ל שכ' לרש"י ז"ל בס"י שנ"א דהנכרי שאינו חייב בהשבון איכא שלו כלל וכל היכא דליתא ברשותו דמריה הוי ע"ש. — ולפ"ז קשה מאי פריך בגמ' לרב הא שמא גנב הנכרי את הכלי ול"ע ויש ליישב קו' זו להמעיין שם ואין להאריך כאן. התבואה לדינא דלפי דעתי ל"ק כלי גזול וכאמור ואם אחר יאוש תלי' אי יאוש קונה בא"י:

והנה קרקע גזילה וודאי דאין לה דין חצר כלל ואפי' אחר ייאוש דקרקע איכא כגזלי' ולפ"ז יש לראות בהא דחשו באו"ח בערבה ובסכך הסוכה להא דר"ה דסתם עכו"ם גוזלי שדות כנהי ולמה לא חשו כן במכירת פרה מנכרת לנכרי שכתבו שאם משכה הנכרי לרשותו קנה לו הרשות לכ"ע ודילמא חצר גזול היא שאינו קונה ובתוס' ע"ז שם ד"ה כ"א כתבו שצריך למשוך לסימטא או לרשותו שהוא שלו ותיבת שהוא שלו מיותרים הם ואפשר שכוונו לזה שצריכין אנו לידע בבירור שהוא שלו. — ובזה נתיישב ג"כ מה שהקשו למה לא יעלו התוס' שיביאה הנכרי לרשותו ממש שקונה לכ"ע מטעם חצר ולמ"ש ניחא דחשו לחצר גזול ולכך צריך דווקא משיכה שקונה ע"י מעשה המשיכה:

דין כג.

אי חצר קונה בדבר שעושה איסור.

גרסינן בחולין ס"פ שלוח הקן וב"מ ס"פ השואל דהשתא דאר"י אסור לזכות בבצים כ"ז שהאם רובצת עליהם שנאמר שלח תשלח את האם והדר והבנים תיקח לך כו' כל היכי דאיהו לא מצי זכי חצירו נמי לא זכה ליה. — וכתב הריטב"א י"מ דהא דל"ק אותם בעל הבית היינו שלא מדעתו משום דמשמא איסורא לא ניחא ליה דליקני חצירו אבל אם גילה דעתו דליקני ליה קנה, והוא ז"ל כתב דאפי' אם גילה דעתו ל"ק כיון דהוא לא מצי זכי' ואע"ג דאשכחן חצירו קונה לו הגניבה בגניבה למוד הוא דכתי' המצא לחייבו בכפל ע"י חצירו עכ"ל ומצאתי במח"א סי' ד' שהביא הך דהריטב"א וכתב שהוא מסכים לדעתו מהא עובדא דלוי בר סימון שרצה למכור פי' שובכו ואתא לקמיה דשמואל וא"ל זיל טרוף אקן אלמא דאע"ג דלוי הי' רוצה לקנותם ואפ"ה לא מהני עד שיטרוף על הקן ובהגבהה ולא מהני אפי' גילה דעתו שרוצה — אלא שנדחק שם מאוד בטעמו של הריטב"א דהא וודאי בדיעבד אם נטלם בידו וזכה בהם מהני וא"כ אמאי לא זכה גם בחצירו בדיעבד ע"ש. — וגם אין לומר בטעם של הריטב"א משום שלא"ה לדבר עבירה דהא כבר פירשוה בב"מ כניכר ור"ם כ"א לטעמו דבחצר לא שייך לד"ע דא"כ גם הגנב לא יהי' חייב:

ולענ"ד נראה דעת הריטב"א וטעמו פשוט דאף שאינו קנין חצר בגנב מ"מ הא לא הוי אלא חידוש ואין לך בו אלא חידושו והיינו דבגנב וגזלן לא קנו את החפץ להיות שלהם לגמרי אלא כדי לקיים בהם קנס שקנסם התורה דהיינו כפל וחיוב אונסין אבל לא הוי באמת שלו וא"כ יש לחלק דהא שרבתה התורה להם חצר היינו לקנין שלהם אבל שיוכל אדם לקנות במה שעושה איסורא ע"י חצירו ולהיות שלו לגמרי לא שמענו מן התורה ואע"ג שאנו למדין דין חצר קונה מחצר דגנב ולא מחלקינן כן דכיונא דווקא בגנב רבתה התורה חצר כדי לחייבו כפל ה"ע דוודאי אם לא הי' חצר קנין המועיל במו"מ לא הי' חייב גם הגנב וכמ"ש לעיל בשם התוס' דכל גנב אינו חייב אלא אם עשה מעשה קנין המועיל במו"מ אבל מ"מ לא צריך אלא שיקנה במו"מ דהתירא ואת נוכל ללמוד מחצר דגנב שהחצר קונה גם במו"מ דהיתרא אבל באיסורא לא משמע ולא מוכח די"ל דהא שחייבו התורה לגנב ע"י חצר משום שהוא קנין במו"מ דהיתר ועשה מעשה קנין המועיל ומש"ה קנה גם הוא לחייבו אבל לא להיותו שלו לגמרי דהא אין זה שלו וא"כ מש"ה לא ילף ממנו שיוכל לקנות בחצר אם יש כאן איסור במה שהוא קונה והוא רוצה לקנות שיהי' שלו לגמרי אנו מחלקין מגנב ואין למדין ממנו דהוא חידוש ואין לך בו אלא חידושו וכל שנוכל לחלק בחידוש מחלקין כן נראה כוונת הריטב"א ז"ל בבור:

ולפ"ז נראה לי שמי שמצא חמץ של הפקר בחצירו בפסח ורצה לזכות בו ע"י חצירו לא זכה ואין זה חמץ שעבר עליו הפסח ואף שלדעת הר"מ ז"ל אם קנה חמץ בפסח ה"ז לוקה וא"כ סובר דיש זכייה לחמץ בפסח מ"מ היינו אם עשה מעשה זכי' ע"י קנין אחר אבל ע"י חצירו הכי מוכחת דעת הריטב"א מהא דלוי בר סימן וכמ"ש המח"א דאפי' שאם הי' לוקח בידו הי' קונה בדיעבד מ"מ כל שעושה איסור בזכייתו לא זכה לו חצרו להיות שלו לגמרי דלא כי קנה כן אלא

בגנב ולחייבו כפל וכן בגזלן לחייבו באונסין אבל להיות שלו לא משני וא"כ לא עבר בב"י וב"י ומותר לאחר פסח.

שוב מצאתי להגאון נוב"י ז"ל מהד"ק סי' י"ט שכ' וז"ל אלא שאם אחר שנודע לו וניחא ליה בקיומו הוא מונח עדיין בחצרו יש מקום לדון אם חצירו קונה לו דבר האסור כיון שהוא מדעתו עכ"ל הצריך. והנה נסתפק בזה ופלא שלא הביא מג"מ דלוי בר סימן ודברי הריטב"א וודאי לא ראה הגאון ז"ל ומ"מ נסתפק גם הגאון ז"ל ויפה נסתפק עכ"פ אבל מג"מ דלוי מוכח כהריטב"א וכמ"ש בשמ"א ז"ל.— אבל מצאתי ברמב"ן שלש שיטות על פסחים שהקשה שם על מה שפרש"י על הא דאמר רבא בזיזא שמא ימצא גלוסקא יפה ודעתו עליה ופירש"י וחס עליה לשרפה וכו' הרמב"ן ז"ל שהפריך על המדה לומר שאינו עובר עד שחס עליה וזה אינו דאפי' אינו חס אלא כל שאינו כפריכין דממילא בטילי אלא שהיא סתירה שחשובה בעיניו עובר על שבעלה הוא וע"ש שהקשה עוד על רש"י ז"ל דאי כפירושו א"כ אפי' ביטל נמי הא מיד כשחס עליה חוזר וזוכה בה וזכה לו חצירו והוי שלו דאין לומר שאין זכייה לא"ה הא אמרינן בע"ז דילמא מגבה לה לע"ז ונעשית שלו ע"ש. ולפמ"ש לק"מ דרש"י ז"ל סובר כהריטב"א דאין חצירו זוכה לו כל שעושה איסור וא"כ אם ביטל תו אינו שלו עד שיזכה בו בידים וזה לא יעשה דלא עסקינן בפושעים הרוצה לזכות חמץ בידים אלא שיחוס חס עליה רגע אחת וחצירו לא קנה לו לדעת הריטב"א אבל אם לא ביטל וחס עליה עובר ועיין עוד שם מה שכתבתי ועכ"פ מבואר דהרמב"ן ז"ל חולק על סברת הריטב"א ז"ל ועיין לקמן כלל ח' דין ג' בסוף :

והנה הביא עוד בשמ"א דברי הר"מ ז"ל פכ"ג ממכירה שכ' האפרוחים ל"ק אותם בעל השובך כ"ז שלא עמדה האם מעליהם ודבר זה גזירת חכמים הוא ומשום לא תקח נגעי בה עכ"ל וכו' בשמ"א ויש לדקדק בדבריו דנראה דמה שלא קנה חצירו הוא מתקנת חכמים שאמרו שלא תקנה וזה אינו דשלא חכמים לא אמרו אלא שלא יקחם בידו אבל שלא יזכה לו חצרו לא הוי משום גזירה אלא ה"ט כיון דאיהו לא מצי זכי חצרו נמי לא קנה לו וכמ"ש הוא ז"ל בהל' שחיטה עכ"ל השמ"א הצריך — ובאמת שדברי הר"מ נפלאים מאוד :

ואחר היגיעה מצאתי בע"ה דבר נאות לפרש דברי הר"מ ז"ל. — הנה הר"מ ז"ל כי הביצים והאפרוחים ל"ק אותם בעל השובך כ"ז שלא פרחו ולא כמו שהביא בשמ"א כ"ז שלא עמדה האם וכו' הכ"מ לפרש דבריו כ"ז שלא פרחו לגמרי ולא כפרש"י כ"ז שלא עמדה האם והכ"מ הקשה על הכ"מ דלפ"ז הא סותר הר"מ א"ע שכ' בהל' שחיטה אסור לזכות בביצים כ"ז שהאם רובצת עליהם ומשמע דכשעמדה האם מותר' וכרש"י ועוד דכאן נמי כי כן בפי' הרוצה להקנותם מעשה על השובך שיפרחו האפרוחים וזהו וודאי לע"ג — וכ"ל דהנה ר"י אמר אסור לזכות בביצים כ"ז שהאם רובצת עליהם שנאמר שלח את האם והדר והבנים תיקח ופי' בכ"מ בטעם של האיסור משום גזירה שאם יקח הבנים שמא יעבור ויקח האם קודם וטעם זה דחוק בדברי ר"י דהא קרא כתיב ועוד קשה דהא תינח הך דינו שאמר ר"י בקן של הפקר ועומדת במקום הפקר דאיכא גזירה שאם יקח הבנים אפשר שיקח האם קודם אבל אם הקן עומדת בחצירו אם יהיה החצר קונה לו את הביצים מיד לא יבוא לעולם לידי איסור של לא תקח דה"ל מזומן וא"כ יותר הי' להם לתקן שיקנה לו חצירו ותו לא יעבור לעולם דהא מיד קנה החצר — וע"כ נלענ"ד פי' אחר לדעת הש"מ והר"מ ז"ל והיא דהא שאסור לזכות בביצים הוי איסור תורה וכמו שאמר ר"י שאם הוא לוקח הבנים קודם הוא מבטל מצות עשה דכן אמרה תורה שלח קודם ואח"כ תקח הבנים וסובר הר"מ ז"ל דהוא חייב בשילוח אף אם אינו רוצה ליקח הבנים כלל וא"כ אם יקח הבנים מבטל המצוה ולפ"ז פשוט מאד דכשם שאסור ליקח בידים מן ההפקר כן נמי אם הקן בחצירו והוא ל"ק את הקן דהוי גוזלות מפריחין דלא סמכא דעתו עליהם וא"כ כשחייב בשילוח ואם יקנה את הביצים כשנפלה ע"י חצירו הוא מבטל ג"כ המצוה וכמו שאסור ליקח בידו כן נמי אסור לזכותם ע"י חצירו דמ"ש ומדויק הלשון שאמר ר"י אסור לזכות ולא אמר אסור ליקח אלא דהא' הוא לזכות יהי' ע"י ידו או חצרו משום דאין האיסור ע"י לקיחה וכפי' הכ"מ אלא ע"י הזכיה דכשזוכה בהם הרי הם מזומן וביטל המצוה. אלא דאכתי מ"מ אם עבר ולקחם וודאי קנה בדיעבד אף שעבר וביטל וא"כ כמו שאם לקח בידו קנה כן נמי ע"י חצירו הא הוי דיעבד והי' לו לקנות אלא דבזה באנו לסברת הריטב"א דל"ק לו חצר באיסורא דהא האם לא יכול החצר לקנותה דהוי גוזלות מפריחין ומיד כשיצא הביצה רובצת נתחייב בשילוח ואם יקנה אותה החצר עושה א"י שמבטל המצוה ולכן לא קנה :

ואמנם אם עמדה האם פעם אחת אז מותר לו ליקח אפי' בידו וא"כ גם חצירו יקנה לו ואפי' לא ידע דהא חצירו קונה לו שלא מדעתו וע"ז סובר הר"מ ז"ל שהוא גזירת חכמים דהיינו שחכמים עשאוה כקן שעומדת במקום הפקר דלא יקנה לו חצירו שלא מדעתו כמו שאם היתה עומדת במקום הפקר שאם יקנה לו חצירו שלא מדעת בקל יוכל לבוא לידי של לא תקח שהוא יסבור שכבר עמדה והוא לא עמדה מעליהם והוא יסבור שעתה מותר ליקח את האם דהחצר קונה לו הבנים והוא מזומן ובאמת טעה שעדיין לא עמדה וכשלוקח האם עובר על לא תקח ומש"ה עשאו אותה הקן כעומדת במקום הפקר דהיינו כשירצה ליקח בידו או בחצירו לוקח דאז ליכא למיגזר דהוא עומד ורואה שעמדה האם אבל אם נתיר לו בחצר שלא מדעתו שבא אח"כ ונימא שקנה לו החצר יבוא לידי הלאו בקל — וזהו לקח לו הר"מ ז"ל מלשון הברייתא דקתני יוני עליות חייבת בשילוח ומשמע שהם חייבים ממש כאותן של הפקר ואין חילוק ביניהם ובאמת קשה דיש חילוק גדול דבהפקר אפי' פרח האם וחזרה ופרחה וחזרה כל שעתה עומדת עליהם חייב בשילוח ובהנהו שהם בחצירו אין הדין כן אלא כשעמדה פעם אחת תו אין חייב יותר דהא מותר לו ליקח בידים וממילא שגם חצירו קונה לו ואפי' עתה חזרה מ"מ הוי מזומן וברייתא משמע דהם שווין לשל הפקר וכן הקשה הט"ז על השחבר ומכח דקדק זה סובר הר"מ דבאמת שווים הם דעד שלא פרחו הבנים לגמרי הוי הנך דבחצר כמו הני דשל הפקר ממש דחצרו לא קנה לו שלא מדעתו והיינו טעמא דגזרו חז"ל ועשאו כאן אותן שבחצרו באותן של הפקר ממש דלא קנה חצירו שלא מדעתו אלא היכא שרואה כשעמדה האם ואז מותר ליקח בידים או בחצר כמו דמותר כן בשל הפקר. — ואחר אלו הדברים כנראה כי כן מבואר לשון הר"מ ז"ל בשני ההלכות ושניהם דבר אחד דבה"ל שחיטה דמיירי מדין מצוה של שלוח הקן ולא מיירי קנין כתב שם דאסור לזכות בביצים כ"ז שהאם רובצת עליהן ולפיכך כו' אינם מזומנים ול"ק לו חצירו כו' ולפיכך חייב לשלח ע"כ וכ"ל דכ"ז שהאם עליהם אסור לזכות בהם לא ע"י ידו ולא ע"י חצירו וכיון שכן אין חצירו קונה לו כהריטב"א הנ"ל שהרי הוא עושה א"י תורה בזה שמבטל המצוה ועושה אותן מזומן והתורה אמר מעיקרא שלא ולפיכך אינם מזומנים וחייב בשלוח כמו באותן של הפקר דאפי' פרחה כמה פעמים חייב לשלח משום שעשאום כהפקר אבל אם ראה שהאם עומדת מותר ליקח אותם וזהו מבואר שם ובהל' מכירה דמיירי מדין קנין פי' יותר ואמר הביצים ל"ק אותם בעל השובך כ"ז שלא פרחו וכ"ל דכ"ז שלא פרחו לגמרי אפי' ירדה האם מעליהם לא קנה חצירו שלא מדעתו ודין זה הא איתא ברמז גם בהל' שחיטה שכ' חייב בשילוח ומשמע כאותן של הפקר אלא שלא פי' שם טעמו אבל כאן פי' שע"ז כ' ודבר זה גזירת חכמים פי' דבר זה שאמרתי לך דעד שלא פרחו ל"ק חצירו ואפי' עמדה האם זהו שגזרו חז"ל שלא יקנה שלא מדעתו כאן כלל אלא אם ראה וידע כמ"ש אח"כ תקנה שאם רוצה שיקנה לו חצירו מדעתו יטפיח עד שתגביה האם ואז מותר בהם כמו דמותר בידו גם מהפקר כן נמי חצירו אלא הצריך מדעתו. — ואמנם רק דבר זה הוא גזירת חכמים והיינו זה שלא קנה חצירו שלא מדעתו עד שפרחו וכהכ"מ אבל הא שאסור לזכות כ"ז שהאם עליהם הוי מדאו' ומזה לא דיבר כלל בהל' מכירה שאין כאן מקומו וכתבוהו בהל' שחיטה ושם לא כתב שום טעם אלא אסור לזכות וא"כ לק"מ ואתי הכל על נכון בס"ד :

סליק דיני חצר.

כלל ח.

גנב וגזלן קונה לחייב באונסין ודין קלב"מ.

דין א.

כל גנב וגזלן קונה.

מרגלא בפומים דתלמודא כל גזלן קונה את הגזילה להתחייב באונסין ומקורו בסנהדרין ע"ב אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים קנה ואמר רבא מסתברא מילתא דרב בשובר אבל נטל לא ורב סובר אפי' נטל נמי ומבואר שם בגמ' במאי פליגי ופרש"י דסברת פלוגת"יהו בהכי רב סובר דע"כ כל שאין לו דמים נמי קנה את הגזילה להיות שלו לגמרי ברשותו ומוכח כן מדחייבו רחמנא באונסין כדילפינן מכל גזלן מהשבות יד ואי אמרת שאינו קונה את הגזילה א"כ אמאי חייב באונסין יאמר לו תולך המות מה לי הכא מה לי התם ומזלך גרם והלך כאנס א"ו ע"כ צ"ל שהתורה אמרה שהגזלן קנה את הגזילה והיא שלו וא"כ שלו נאנס ומשעת גזילה קנה אותה והוא חייב לשלם דמים וזה דאמרה התורה והשיב את הגזילה בעיניה היינו משום דאף שקנה אותה מ"מ כל שהוא בעינא היא קודמת לנכסיו האחרים וזה מקיים מצות השבה, אבל מ"מ היא אחת מנכסיו וכשמשיב אינה רק תשלומין ודמים כמו שגובין משאר נכסיו ומש"ה סובר רב שאם יש לו דמים קנה לגמרי ואינו חייב כלום דאף שהכל קלב"מ אינו רק פטור ולא קנין מ"מ הא גם כאן לא הוי אלא פטור דהא הגזלן קנה אותה לגמרי מיד ואינו חייב אלא דמים ובדמים גובין אותם ממנו וא"כ בקלב"מ פטור מאותן הדמים וממילא שאינו משיבה אפי' בעין זהו שיטתו של רב — ורבא סובר דמדכתב והשיב מוכח שאין הגזלן קונה את הגזילה בעינא כלל אלא הוא של נגזל והא דחייב באונסין ה"ט משום שקנה אותה להנאת שימוש והוי עליה כשואל וכשם שהשואל

השואל לא קנה להיות שלו לגמרי אלא להשתמשו ומ״מ חייב באונסין כן נמי הגזלן נתנה לו התורה הנאת השמוש שאינו חייב לשלם במה שנשתמש בה וכן מבואר בש״ע ומש״ה חייב באונסין — ויש לעורר מהא דאמרינן בע״ז ע״ו דפריך שם שאליה הא קייה ופרש״י ז״ל מדחייב עליה באונסין שלו הוא וי״ל דאי לאו שלו הוא א״כ אינו חייב באונסין וקשה ע״ז הא גזלן יוכיח דלאו שלו הוא לדעת רבא ואפ״ה חייב באונסין ואמאי בשלמא שואל שלו הוי כל ימי שאלה עכ״פ ואין המשאיל יכול לחזור בו אבל הגזלן הא הוא חייב להחזירה כל רגע וא״כ אין כאן רגע אחת שתהיה שלו, ואף שאם נשתמש פטור מ״מ הא אסור בתשמיש דכל רגע חייב להחזיר וא״כ לפרש״י דמש״ה חייב השואל באונסין משום דהוי שלו כל ימי שאלה א״כ הגזלן יהיי פטור וזה לע״ג — וע״כ נראה דהא בע״ז להה״א ע״כ לרב קיימינן דהגזלן באמת מש״ה חייב משום שהוא שלו לגמרי. אבל למסקנא דהא דכל שאלה ושכירות לא קנה לגופה כלל ומ״מ חייב והיינו משום הנאת השמיש ואין הדבר תלוי בקנין כלל רק בקנין תשמיש, ואף שהגזלן חייב להשיבה כל רגע מ״מ כיון שאם שימש בה פטור חייב באונסין אלא דמ״מ עוד קשה לי מהא הכי הריטב״א קדושין מ״ז דלא מהני משיכה לשואל שלא יוכל המשאיל לחזור משום דהשואל ל״ק לגופה לתשמיש שיהיה כמו דקל לפירותיו אלא התשמיש הוא חוץ מגופה והביא לו ראיה לסברתו מדחייב עלה באונסין דאם הגוף שלו לזמן לא הי׳ חייב באונסין כמו מתנה לזמן א״ו דהשואל ל״ק וע״ש וא״כ לפ״ז קשה מסוגיי׳ דע״ז שם דר״ל שאלה הוי שלו מדחייב באונסין וא״כ מוכח אדרבה להיפוך ממ״ש הריטב״א — והנה י״ל דלפי הה״א הא אמר כן אבל לפי המסקנא מסיק כסברת הריטב״א — אבל קשה על רב בסנהדרין מהיכי מוכח ליה דע״כ קנה הגזלן דאל״כ לא הי׳ חייב באונסין הא שואל יוכיח דל״ק לגופה ואפ״ה חייב — ונראה שסובר רב דשאני שואל דשפיר חייב אף דל״ק דהא הוי שומר ויכול לה בתורת שמירה ויכלה תורה לסוף דעתו דשיעבוד נפשו לכך אבל הגזלן הא לאו שומר הוא וכמ״ש התוס׳ בב״מ — וא״כ ע״כ קנה הגזלן לגמרי ורבא סובר דלא קנה אלא התשמיש ונתנה לו התורה דין שואל.

דין ב.

קלבד״מ אי קנה דבר בעין.

כבר ביארנו דלרב אפי׳ נטל קנה ורבא סובר רק שיבר אבל נטל לא ואמנם שיטת בעל המאור ז״ל דמש״ה אפי׳ רבא מודה דקנה אפי׳ בעינא אלא מדרבנן ומשום תוכחא אמרו שצריך להחזיר בעינא והביא ראיה דאל״ה א״כ קשה הא דאמר רבא דוקא שיבר מסתברא מילתא דרב הא מתני׳ הוא דשיבר פטור וא״כ מאי קמ״ל וכן הקשו בתוס׳ ורש״י ותי׳ דמתני׳ ה״א דווקא שיבר בעודו במחתרת ובא רבא וקמ״ל דאפי׳ שובר אח״כ וכן כ׳ הבעל המאור והקשה ע״ז קו׳ התורה מהא דאמר רבה ב״מ האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחברים מעיקרא שוי זוזי ולבסוף שוי ארבעה תבריה או שתיה משלם ארבעה וה״ט משום דכי איתא הדרי בעינא אשתכח דהאי שעתא הוא דגזל מיניה וא״כ קשה מאוד כאן נמי אמאי פטור בשיבר אח״כ הא הא דלא חייב על שעת נטילה אם הי׳ משברה אז ה״ט משום דאז ה״ל רודף וקלבד״מ אבל השתא דהו אינו רודף דשעת מיתה עברה וא״כ הא בעינא הוי של נגזל וא״כ הא׳ שעתא הוא דגזלה פעם שניה ולא קלבד״מ וחייב על ששיבר ומכח זה סובר המאור ז״ל דשאני רודף מדין גזלן דרודף מכי אתא לידו קניהו בדמים ואינו חייב להחזיר מדין תורה אפי׳ בעינא והא דאמר רבא דכי איתנייהו הדרא בעינא תוכחא בעלמא הוא דרמי רבנן עליה דלהדר — ולכאורה שיטתו ז״ל תמוה מאוד כמו שהקשה הרמב״ן ז״ל כמה קושיות ויותר תמוה הוא דהא אמרינן דבדאו׳ פליגי דרב סובר דגזלן קונה לגמרי ורבא סובר דלא אוקמי ברשותי אלא לענין אונסין ועוד דא״כ מאי איכא לרבא בין נטל ושבר לאחר זמן ללא שבר דהא הגזלן לא קנה — ונראה לי לפרש שיטתו דהא דאמרי רבנן להשיב ולהחזיר היינו היכא דלא יהיה נראה כמת ומשלם אבל היכא דאם יחזור יהיה נראה כמת ומשלם וזה לא יתכן לא השמיטו להחזיר — ומעתה פלוגתייהו דאיתא בגמ׳ והיינו רב סובר דכל גזלן קנה הגזילה והוי כנכסיו ממש וא״כ אפי׳ בעין אינו מחזיר ואפי׳ מדרבנן לא דאם יחזיר הכי הוא מת ומשלם דהא הך חזרה הוי תשלומין לרב דהא קנה הגזילה ומש״ה אפי׳ נטל ולא שבר לא יחזיר, ורבא סובר דגזלן לא קנה וא״כ מש״ה כשהיא בעינא אמרו רבנן שיחזיר דלא נראה כמת ומשלם דהא אינו חוזר אלא מה שנטל בעין ושאר גזלן לא קנה וחייב להחזיר וכן זה לא נקרא משלם אבל אם שבר אף שאח״כ שבר מ״מ כל שישלם ממון או דבר אחר ולא אותו שבעין הוי שלומי ולא אמרו רבנן שישלם דנראה כמת ומשלם — ובהכי ניחא הא דאמר במילתא דרב דטעמו הוי משום דכל גזלן קנה דלכאו׳ קשה מנ״ל הא במילתא דרב הא כיון דאפי׳ בעין קנה בקלב״מ לרבא ג״כ א״כ מנ״ל דרב סובר בגזלן אחר שקונה ג״כ לגמרי דילמא גזלן דעלמא לא קנה אלא זה קנה דהוי רודף והוא אינו סובר דחייב מדרבנן להחזיר ורבא סובר דחייב להחזיר משום תוכחא וא״כ מנ״ל לפרש דכי רב בדין

גזלן דעלמא דלא כרבא עלמו. — אלא דא״ם דרבא סובר דאי הי׳ סובר רב דכל גזלן לא קנה א״כ שסברא שיחמירו חכמים בזה שיחזיר מה שנטל משום שלא יועילו מעשיו כדי שלא יהי׳ כ״א הולך ונוטל כליו של חבירו ויאמר קניתי וכדאמרינן בהיזק שאינו ניכר דמטעם שלא יהי׳ כל אחד כו׳ ועי״ש בתוס׳ גיטין שהקשו דילמא אף בקלב״מ חייב מטעם שלא יהי׳ כ״א הולך ותי׳ דמטעם זה לא השמיטו יותר מאם הי׳ היזק ניכר ע״ש היטב ופי׳ דלא אלינו שאמרו רבנן מת ומשלם ולא השמיטו בקלבד״מ שיהי׳ משלם וא״כ הא הינח לשלם לא אמרו רבנן דלא יתכן שיחמירו לשלם כל שמת אבל כל דאיכא בעינא יש כאן סברא גדולה להחמיר עליו שיחזיר אלא וודאי דסובר רב שאם יחזיר הוי ג״כ תשלומין והיינו משום דסובר דכל גזלן קנה וא״כ כמו שלא אמרו חכמים בכ״מ דאיכא מיתה ותשלומין שישלם כן נמי לא אמרו כאן שיחזיר אבל לא הי׳ אמר רבא אלא דכל גזלן לא קנה וא״כ לא הוי מה שיחזיר תשלומין אלא הוי כשאר גזלן שמחזיר הבעין ולא נראה כמת ומשלם אבל אם שבר אינו משלם דהו מחזי כמת ומשלם. — אמנם מדין תורה סובר המאור ז״ל שקנה כאן לכ״ע אף הבעין והיינו שקנהו בדמים דאמר רב דהוא סובר דכל רודף הוא באמת קונה בנפשו שמסר נפשו עליה להמית ובהא קנה באמת וכן משמע ליישנא דרב וכן בהא דאמר רבא מסתברא מילתא דרב בשבר וא״כ רבא מודה ליה בהא שהוא קנה את החפץ דאל״ה הא זהו מפורש במשנה שאם שבר במחתרת שהוא פטור וא״כ מאי קמ״ל וכקושיי׳ התוס׳ ורש״י אלא וודאי קמ״ל אפי׳ שבר אח״כ דהיינו במה שאומר מסתברא מילתא דרב שאמר שהרודף קונה באמת את החפץ נראה סברת רב שהוא קונה ומש״ה שבר אח״כ לא משלם אלא בנטל ואיתא בעינא לא מסתברא והיינו דאף שקנה מ״מ חייב להחזיר מדרבנן ול״ק קושיי׳ הרמב״ן ז״ל מידי דהא שהקשה ממתני׳ דע״כ צריך גם רבא לפרשה כמו שפירשה רב ולמה לא הקשה לרבא ולא פי׳ כן לק״מ דוודאי הגמ׳ לא הוצרכה לפרש כלום לרבא אלא לפלפל על דין של רב דהא במה שחידש רב לא פליגי עם רבא כלל דרבא הא מודה לדינו של רב שהרודף קונה וא״כ וודאי דלא צריך לומר ולהקשות אלא על רב וממילא שגם על רבא קשה וגם הוא צריך לפרש הא דשבר בנטל ושבר אלא דעל רב קשה יותר ל״ל שבר כלל וע״ז מתרץ כמו שתי׳ אבל רבא מפרשו בנטל ושבר.— והנה שי׳ רש״י הי׳ כשי׳ בעל המאור ז״ל וכמו שאבאר לקמן אי״ה וכן כ׳ הקה״ח אלא שכ׳ דגם שי׳ התוס׳ כן הן אמת שגם התוס׳ ז״ל סוברים דאפי׳ שבר אח״כ אבל לא נראה שהם סוברים דעלאו׳ אפי׳ נטל וכמו שאכתוב לקמן אי״ה:

ושי׳ הרמב״ן וכן הביא בש״ע דרק אם שבר מיד אבל נטל ואח״כ שבר לא מהני וחייב לשלם ועיין בסמ״ע וש״ך שהי׳ הטעם דשבר אח״כ פטור לאותן הסוברים כן שם בשבת משום דעדיין חייב מיתה עליו ואינו דומה למחתרת ובקה״ח תמה הא היוצא להרג ושבר את הכלים חייב כמבואר בעירובין. — ואני מצאתי ג״כ בפי׳ בתוס׳ גיטין דף ע״ע ד״ה כגון דלא כהש״ך וסמ״ע שהקשו שם אהא דאמר ב״ק דף ע׳ באומר זרוק לי גניבותיך בחצרי ותקנה והקשו הא משום שבת מחייב למעלה מן המחיצות דהוי עולה עד לרקיע ע״ש ולדברי הסמ״ע לק״מ דאף שחיוב שבת בא קודם מ״מ עדיין חייב מיתה ולא נפטר עדיין כשבא חיוב ממון א״ו דלא הוי קלבד״מ אלא כשבאו יחד ממש אי׳ שבת וממון ולע״ג — שוב מצאתי אח״כ בתוס׳ ב״ק כ״ב ע״ב ד״ה ופי׳ בשם ר״ת שהי׳ שם דשריפת העבד ע״י חציו והגדי נשרף אחר שכלה חציו ומ״מ פטור ע״ש וקשה ע״ז הא א״כ דהעבד נשרף קודם א״כ לא פטור מטעם קלב״מ. — אבל ראיתי אח״כ בהשב״א שם שהקשה כה״ג והביא מתני׳ דעירובין שהביא הקה״ח ומוקי לה שלא מת העבד עד שלא נשרף הגדי וכן יש לתרץ הך דר״ת ולי״ע:

והנה לענין קנין כ׳ הקה״ח וכן הסכים בכתובות דכל קלב״מ מאחר דפטור מאונסין א״כ ל״ק כלל ואינו חייב בהשבה אלא טורח השבה על הבעלים דכ״מ שהיא ברשות בעלים היא וע״ש ולפ״ז אם הקדישו בעלים מקודש:

הנה כתבאר לעיל שי׳ בעל המאו׳ ז״ל והיא ג״כ שי׳ רש״י ותוספות דאפי׳ שבר אח״כ פטור וכ׳ הקה״ח ז״ל דגם רש״י ותוס׳ ע״כ סוברים כבעל המאור ז״ל דאפי׳ בעינא קנה בקלבד״מ מש״ה. — והנה רש״י ז״ל י״ל שסובר כן וכמו שאוכיח כן אי״ה לקמן משיטתו. — אבל מ״ש הקה״ח שגם תוס׳ סוברים כן ע״ז קשה לי מהא שכתבו התוס׳ בכתובות דף ל׳ ומסיים ב״ע דהא שהזר משלם אם אכל תרומה אף דקלב״מ ה״ט משום דתשלומי תרומה הוי כפרה והא ראיה שאין הכהן יכול למחול והקשו ע״ז בכתובות מהא דפי׳ כותאין בוולד ספק דקתני ואין משלמין קרן וחומש וקשה אמאי הא הוי ספק כפרה ותיכלו שצריכין לספרים והוי שלהב והא דתנן שאין הכהן מוחל היינו הפרשה אבל אחר שהפרים יכול למחול תכתינה וע״ש. — וקשה לי דלפ״ז א״כ אמאי צריך הזר לשלם לכהן יפרישנה ויעכבה לעצמו דהא בהפרשה סגי לכפרה וחיוב תשלומין דכהן אין כאן דהא קלב״מ והוא פטור מכהן אלא לכפרה וסגי בשיפרים וזהו לע״ג. — וכשהצעתי הדבר לפני הגאון מו״ה מאיר פערלש דק״ק קראלי אמר לי דכיון דע״כ צריך הפרשה

א"כ הוי כבעין דלא קנה בקלב"מ ולכך צריך ג"כ ליתנה לכהן, ואמרתי לו שגם אתי היתה סברא זאת והיא סברא נכונה דאף דבאכל התרומה מיירי וא"כ ליתא בעינה מ"מ הואיל והתורה אמרה לשלם ומה שהוא משלם נכנס תחת התרומה שאכל להיות קודש א"כ הוי זו שמשלם בעין תחת הראשונה ול"ק לה בקלב"מ. — אבל לא יתכן לפמ"ש הקצה"ח דע"כ גם התוס' סברי כבעל המאור ובאמת כן מוכח יתא שכ' דאפי' שבר אח"כ וא"כ אפי' בעין קונה מה"ת ואכן אדין תורה קיימינן דלמה ישלם התרומה שאכל ישלם לעצמו דכיון שיצא ידי כפרה מה"ת סגי ויעכבנה לעצמו ומה"ת קנה אפי' בעין ואינו חייב לכהן כלום ולמה חייבו התורה. — שוב מצאתי הקושי' בספר אמרי בינה והעלה שם דבאמת א"ל ליתנה לאותו כהן אלא דכיון דע"כ מפרישה והוי תרומה ולכך עכ"פ ליתנה לשום כהן כמו כל תרומה ע"ש שהקשה לפ"ז אמאי לא אמר בגמ' כ"מ בין רבא לאביי שם בכתובות דלאביי אליבא דרנב"ק לפטור מתשלומין אינו מחויב ליתן דווקא לכהן זה וסגי לכהן אחר ולרבא דמיתה בידי שמים לא פטור צריך ליתן דווקא לאותו כהן ע"ש. — ולענ"ד ליתא לדבריו כלל דוודאי אם הוא צריך לשלם לא יצא עד שנתנה לאותו כהן שאכל מיניה לכ"ע וכפשטיה דקרא ונתן לכהן את הקודש ועו"ק להרב הנ"ל למה הוצרך שיתנה לשום כהן בחנם הא כיון שפטור מתשלומין משום דקלב"מ א"כ הרי זה כמו שאכל תרומה שלו שנפל לו מאבי אמו שמפרישים לכפרה והיא נעשית תרומה ומוכרה לכהן שירצה בדמים דהא שלו היתה וא"כ כן נמי אפי' אכל משל כהן הא שלו אכיל דקנה לה בחייב מיתה לאביי וא"כ לא יתנה בחנם לשום כהן. — אלא שהי' יכול לומר הכ"מ דלאביי א"ל ליתנה לשום כהן ולרבא צריך וזה אינו אמת דמשמע מתוס' ברור שצריך ליתן אם אין הכהן מוחל אלא שיכול למחול. — גם ממתני' משמע שאם לא מחל הכהן צריך ליתן דווקא לו למי שממנו אכלה דהא קתני שאין הכהן מוחל והוא וודאי אותו הכהן שהתרומה שלו דאל"כ אלא אחר איך ימחול וא"כ ע"כ אינו מוחל ולכך שיתן לו משמע וע"ז כי התוס' דקאי על ההפרשה אבל הנתינה מוחל ואינו נותן כלל משמע דהא אם לא מחל צריך ליתן לו דווקא וא"כ מה לאמר בה א"ו שאינו נותן כלום וא"כ קשה אפי' לא מחל לא יתן דקלב"מ ופטור מלשלם ולכפרה יפריש וקני:

ואמנם נראה ביאור הענין דהנה פליגי בירושלמי דתרומות רבי ורשב"א דרבי סובר נתינה מקדשת דכתיב ונתן לכהן את הקודש והיינו אחר שיתן הוי תרומה ורשב"א סובר הפרשה מקדשת וקרא אמר את הקודש קדש. — והקשה במהרי"ט אלגאזי בכורות שדברי התוס' הללו ע"כ דלא כרבי דהא לרבי לא נתכפר בהפרשה דהא לא נעשית תרומה עד אחר נתינה לכהן וא"כ איך ימחול הכהן הנתינה וע"ש שהאריך מאוד בקושי' זו. — ולענ"ד נראה לי דאדרבה התוס' ז"ל רק לרבי הוכיחו ולדידיה ניחא אבל לרשב"א לא דלרשב"א כיון דהפרשה מקדשה לא הי' צריך מחילה דכהן כלל דבלאו מחילה נמי הא קלב"מ ופטור מתשלומין ולכפרה הא סגי בהפרשה דהא נעשית תרומה מיד אחר הפרשה וכמו שהקשינו לעיל. — אבל לרבי ניחא מאוד ול"ק קו' הרי"ט אלגאזי כלל דאיך יכול למחול הנתינה דכבר קיי"ל בגיטין דף ע"ה גבי. בעינן דמחולין לך דכל לסרוחה מהני מחילה דיכול לומר לו הריני כאילו התקבלתי וכתבו הראשו' שם דלפ"ז מי שנשבע לפרוע חובו ביום פלוני יכול לפטרו משבועה כשיאמר הריני כאילו התקבלתי וכן קיי"ל בש"ע וא"כ חזינן דכל מחילה ה"ז כאילו נתן וחזר לו וכמ"ש הרשב"א בטעם הדבר שם דאפיכי מטרתא ל"ל והוי כאילו נתן וחזר לו וא"כ כמו כן בכהן זה כשמוחל לו מחילה זו הוי נתינה לכהן כאומר לו הריני כאילו התקבלתי ומש"ה נעשית תרומה מיד בהפרשה דכל שמוחל הנתינה יש כאן נתינה ולק"מ שוב מצאתי כן בש"י ב"ק ק"י ע"ב על תוס' ד"ה כסף מכפר ע"ש שכ' כן בש"י. — אבל אם לא ימחול לו אלא שיפריש ולא יתן לכהן מטעם קלב"מ וכמו שהקשיתי לא מהני מידי דהא אם הכהן אינו מוחל א"כ ליכא נתינה לכהן ולא מהני ההפרשה דלא נעשית תרומה וליכא כפרה ומיושב הכל כפתור ופרח בס"ד:

דין ג.

קלב"מ בנכרי.

ראיתי לבאר שי' רש"י ז"ל בעירובין ס"ב ובע"ז ע"א על דא"ר ב"נ שגזל פחות מש"פ נהרג עליה ולא ניתן להשבון ופרש"י ז"ל דר"י אשמועינן דבנכרי דלא מחיל אפי' פחות מש"פ הוי גזל לדידהו, ולא ניתן להשבון דגבי ישראל כתוב והשיב אבל בנכרי לא כתיב השבה נהרג ואינו משלם ע"כ. — והקשו בתוס' הא בעינא ל"ק בקלב"מ כדאמר רבא ועוד דבנכרי לא שייך קלב"מ. — והנה לכאו' דבריהם ז"ל ל"ע דהא רש"י ז"ל יהיב בטעמא דמשום דלא כתוב והשיב גבי נכרי וא"כ ל"ק כלל מהא דרבא דשם בישראל דכתיב והשיב וכמ"ש רש"י בסנהדרין שם אהא דרבא, וכבר ראיתי לאחרון אחד שכ' כן בספרו לדחות קושי' התוס' על רש"י ז"ל. — ולפי דעתי טעות גדול טעה האומר כן דהא וודאי דלאפי' אי לא הוי כתוב והשיב לא הי' הדעת נותן שיהי' הגזלן קונה ממך שגזל בשינוי של נגזל, וגזל נכרי יוכיח שכ' בס' יראים דאף דגזל עכו"ם מותר מ"מ לא הוי שלו וה"ט משום דאף דמותר מ"מ לא קנה בשינוי של בעליו ומכ"ש גזל ישראל, והא שהולך רש"י בסנהדרין להביא קרא דוהשיב היינו לדחות סברת רב שר"ל דע"כ מדחייב באונסין קנה הגזלן את הגזילה לגמרי ואף שאין הסברא כן מ"מ סובר רב דע"כ כן גזרה התורה לחייבו באונסין וקנה אפי' בשינוי של הנגזל לטובתו, וע"ז השיב רבא דאי לא הוי כתוב והשיב ה"א באמת כרב אבל אחר דכתיב והשיב מוכח דאף דחייב באונסין מ"מ ל"ק וע"כ הא דחייב באונסין משום שהוא כשואל וא"כ מש"ה הולך רבא לדחות לסברת רב מקרא דוהשיב אבל אחר דידעינן שאמת דהתורה שפיר חייבו את הגנב אף דל"ק לגמרי א"כ וודאי דאף בנכרי דלא כתיב והשיב מ"מ לא קנה לה לגזילה דהא איך יקנה בשינוי של נגזל ומ"מ חייב חיוב שלו כמו שחייב הישראל אף דל"ק וא"כ ע"כ הא דאינו משלם הנכרי והוי שלו היינו משום דקלב"מ ושפיר הקשו בתוס' — והא דכ' רש"י ז"ל משום דבנכרי לא כתיב והשיב לא קאי אהא דאינו משלם דאף דלא כתיב והשיב הי' צריך לשלם וכמ"ש אלא על הא דנהרג כ' רש"י כן דמש"ה נהרג ואינו כישראל שישראל יכול לתקן הגזל דכתיב והשיב והוי לאו הניתק לעשה משא"כ בנכרי דלא כתיב והשיב לא הוי לאו שניתק לעשה והוא נהרג ואינו משלם משום דהוי מיתה ותשלומין וקלב"מ כן הבינו התוס' בדברי רש"י ז"ל וזה ברור מאוד ומש"ה הקשו הא בעין לא קנה בקלב"מ וגם דבנכרי לא שייך כל קלב"מ, ושוב מצאתי כן בריטב"א עירובין שפי' דברי כמ"ש ע"ש:

גם הגאון קה"מ ז"ל כ' בס"י שכ"ג ליישב קו' התוס' על רש"י וגם קו' התוס' בע"ז שהקשו על הא דמתרץ הגמ' שם שאינה בתורת השבון ופרש"י דכל היכא דליתא ברשותו דמריה הוי והקשו התוס' הא גם הישראל לא קנה הגניבה ואפ"ה ליתא בתורת השבון ותי' בקה"מ דרש"י לטעמיה כו' דגבי ישראל כתיב והשיב אבל בב"נ לא כתיב כו' והקשו בתוס' כו' ולפמ"ש ניחו דל"ק לה כו' אבל א"כו בתורת השבון כו' אינו בתורת חיוב השבון עכ"ל הקה"מ ז"ל:

והנה על מ"ש ליישב קו' התוס' בע"ז כבוא לקמן אי"ה אבל מ"ש ליישב קושי' התוס' דעירובין לא משמע כן מלשון רש"י בשום אופן דמלשון רש"י ז"ל שכ' נהרג ואינו משלם ומשום דהוי של גזלן ולדעת הקה"מ הוי של נגזל וזה ברור ועוד דנראה ברור דלפי האמת דמסקינן בע"ז משיכה קונה בנכרי קנה הנכרי לגמרי והוי שלו — ולא עוד אלא שנפלאתי שפלא ופלא על הגאון ז"ל דהא פריך שם בע"ז מבן נח שני שגזל אמאי נהרג הוא ומסיק שם ש"מ משיכה קונה וקנה הראשון והשני גזל ממנו ונהרג ופרש"י ז"ל דהשתא מתוקמי הא דלא ניתן להשבון בפחות מש"פ דוקא דישראל מחיל ומשמע וודאי דבפרוטה איתא בתורת השבון אף דקלב"מ וזה דלא כקה"מ ז"ל אלא דלא קנה לה ואיתא בהשבון, והקה"מ ז"ל כתב דכל דל"ק ליתא בתורת השבון, ולדעתו ז"ל איכא סתירה ברש"י ז"ל דבעירובין אמר הגאון ז"ל לדעת רש"י דליתא בהשבון משום דהוי של בעלים וטורח השבה עליהם ובע"ז אמר רש"י דבפרוטה איתא בהשבון וזה לע"ג:

ואשר אמרה אני ביישוב דברי רש"י ז"ל מקו' התוס' בעירובין הוא דרש"י ז"ל סובר כשיטת בעל המאור ז"ל וכמש"ל דאפי' בעינא קנה בקלב"מ ורק משום חומרא דרבנן בעלמא אמר רבא שצריך להחזיר בעינא ובזה א"ש ול"ק קושי' התוס' דלפרש"י וודאי מיירי ר"י בין שגזל מישראל ובין מנכרי דנהרג ואינו משלם אלא דמש"ה נקט ר"י פחות מש"פ משום שאם הי' גזל ש"פ מישראל הי' חייב להשיב בעינא אף דקלב"מ מ"מ כמו שהגזלן ישראל חייב להחזיר בעינא ומדרבנן כן נמי גזלן נכרי שגזל מישראל חייב להחזיר דלא יהי' כח נכרי יותר מכח ישראל וכמו שאמרו בקדין מעמ"ש דמש"ה מהני שקונה ישראל מנכרי — אבל פחות מש"פ מחיל הישראל ומש"ה אינה בהשבון וכן פרש"י בע"ז להמסקנא כמו שהבאתי לעיל — אמנם הא תינח גזל מישראל אבל אם גזל נכרי מנכרי אפי' פרוטה נהרג ואינו משלם כלל דכיון דמה"ת קונה בקלב"מ אפי' בעינא ורק מדרבנן חייב להחזיר והיינו לישראל אבל לנכרי לא תקינו ליה רבנן חזרה ונשאר על דין תורה שהגזלן נכרי קנה לה אפי' בעינא ואתי שפיר הא דאמר ר"י נהרג ואינו משלם בין מישראל בין מנכרי דהא הוי פחות מש"פ ומישראל אינו משלם דהוא מחיל ומנכרי אף שהוא לא מחיל מ"מ קנה לה בקלב"מ אפי' בעינא מה"ת ואפי' פרוטה דתקנה דרבנן ליתא בנכרי מנכרי ומש"ה נקט לה בפחות דאי בפרוטה לא א"ש מישראל שצריך לשלם אף דקלב"מ דבעין חייב להחזיר מדרבנן ולק"מ קושי' התוס'. — ואמנם בקושי' השנית דכתבו התוס' דבנכרי לא שייך כלל דין דקלב"מ — הנה כן כתב נמי הריטב"א ובאמת דכן נראה דכל התורה כולה לא נאמרה אלא לישראל, אבל מ"מ נלענ"ד דיש להביא שני ראיות לשיטת רש"י ז"ל דגם בנכרי שייך דין דקלב"מ והאחת היא מהך מתני' שהביאו התוס' ז"ל והיא בב"ק קי"ד דשם קתני המציל מן הגייס ומלסטים אם נתייאשו הבעלים כו' ומשם הביאו התוס' דלא קנה הנכרי בקלב"מ — ולענ"ד דהנה שם קשה מאוד דלמ"ד ייאוש לחודא ל"ק ולכך עמה שנוי רשות וא"כ הא שנוי רשות

רשות

רשות לא הוי אלא מדעת ורצון הנגזל אבל בע״כ של גזלן הא לא הוי ש״ר — ובט״ז מוקי לה ע״י פיוס ע״ש וכמה מפורש דאין משמעות הלשון משמע כן וכן במח״א נדחק בקושי׳ זו :

אבל אם כוונת כשיטת רש״י ז״ל דגם בנכרי איכא בו דין של קלב״מ א״ש מאד דהא דייאוש ל״ק כל דבאיסור אתא לידו היינו היכא דלא קנה לה כשבא לידו מש״ה כמו כל גזלן אבל היכא דקלב״מ והוא קנה לה אפי׳ בעין מש״ה א״כ אף שאמרו רבנן להחזיר משום חומרא היינו קודם ייאוש אבל אחר ייאוש אינו צריך להחזיר כלל דקנה ייאוש בכה״ג דהא מש״ה בלא״ה קנה משום קלב״מ. — ולפ״ז א״ש מאד דהא שם מסיק דרישא איירי בלסטים ישראל וסיפא בנכרי ומש״ה ברישא פרש״י דקנה בייאוש וש״ר דרישא איירי שנתן לו הלסטים מלבושו אבל סיפא דקתני המציל מן הגייס דמשמע בע״כ של גייס וליכא שנוי רשות מ״מ הא איירי בליסטים נכרים וכל נכרי הא חייב מיתה וקלב״מ ומש״ה הא קנה לה מיד ומש״ה מהני ייאוש לחוד ולא כ׳ רש״י ז״ל בסיפא כלום אלא שהביא דבגמ׳ מוקי לה בלסטים נכרי ולק״מ וזהו ראיה גדולה לשי׳ רש״י דקלב״מ איכא נמי בנכרי. — ועיין לקמן כלל כ״ו דין ב׳ ומ״ש שם לדעת רש״י בזה ע״ש :

והראיה השנית היא ממה דגיטין בעבד שהשבה דמוקמינן לה לאחר ייאוש ולכאו׳ גם משם קשה לשי׳ רש״י דאף בנכרי איכא דינא דקלב״מ וא״כ ל״ל ייאוש הא בלא״ה קנהו הנכרי השבאי שהוא חייב מיתה וקנה בקלב״מ. — אמנם נראה דאדרבה משם ראיה דהנה הקשו שם הראשונים דאי לאחר ייאוש אמאי ל״ק העבד הוא בעצמו דהא הוא שותפו בעצמו קודם ועיין רשב״א וריטב״א שם ומשום קושי׳ זו פירשוה בחזקת כיבוש מלחמה. — אבל רש״י ז״ל לא רצה לפרש כן דאי מיירי מחזקת כיבוש מלחמה א״כ ל״ל ייאוש כלל וע״ש דבאמת נדחקו הראשונים ז״ל בזה מאד. — ולפמ״ש בשי׳ רש״י לעיל א״ש מאד דבאמת מיירי מקנין שבאי לחוד והא דלא קנה העבד הוא בעצמו אחר ייאוש ה״ט משום דהשבאי קנה אותו מיד ע״י חיוב מיתה שקלב״מ ומש״ה הא אפי׳ בעינא קונה בקלב״מ וכמ״ש בעל המאור ורש״י ז״ל ואינו חייב להשיבו אלא מדרבנן כמו ישראל מישראל בקלב״מ והא תינח קודם ייאוש אבל אחר ייאוש קנהו השבאי לגמרי דהא ייאוש קונה אפי׳ כשבא באיסורא לידו בכה״ג שהוא קנה מש״ה אפי׳ קודם ייאוש וכמ״ש לעיל, והעבד לא יכול לקנות כלל דכיון דמש״ה קנה אותו השבאי מיד א״כ הוא עבד אינו משוחרר ואינו ישראל כלל ועיין שם בפ״י שהקשה שם איך קנה ייאוש הא בא באיסור לידו ול״ק ייאוש בגזילה ולפמ״ש לק״מ דרק בגזלן ישראל ל״ק ייאוש משום דמש״ה לא קנה אבל שבאי נכרי שקנה בלא״ה בקלב״מ קנה ייאוש לגמרי. — וכן הדין לפי דעתי בגזלן ישראל שהוא חייב מיתה וקנה בקלב״מ לפי שיטה זו אפי׳ בעינא אלא מדרבנן שהמירו עליו והא תינח קודם ייאוש אבל אחר ייאוש לא תקנו רבנן להחזיר וקנה לגמרי :

ובזה נתיישב קו׳ גדולה אחר הקשה הפ״י שם דמאי מהני ייאוש הא אינו ברשותו להפקיר כדמוכח ממה דר׳ דוסא בב״ק ס״ט דכמו שאינו יכול להקדיש מה שביד גזלן כן נמי אינו יכול להפקיר. ולפמ״ש א״ש מאד דהא דלא מהני להקדיש ולהפקיר מה שביד גזלן היינו משום שהגזלן קונה שגניבה לחייבו באונסין ומש״ה לא מלי הנגזל להקדישו והוי אינו ברשותו ולפ״ז בהך גזילה שגזל הנכרי כיון שמדרבנן חייב להחזירו בעינא וא״כ ל״ק מדרבנן כלום והוי מדרבנן ברשותיה דמריה לגמרי כל היכא דמונח ושפיר מהני ייאוש בעלים. ולפ״ז א״ש מאד דבין מה״ת ובין מדרבנן קנה השבאי דמה״ת הא קנה לגמרי מיד אף בלא ייאוש כלל ומדרבנן דלא קנה א״כ הוי ברשות בעלים ומהני הייאוש אף לרבנן ובין מה״ת בין מדרבנן קנה השבאי בייאוש לגמרי ומכאן ראיה לשי׳ רש״י כמבואר וברור בעה״י :

היוצא לנו לשי׳ רש״י ז״ל שאם גזל נכרי פרה מעוברת מישראל וילדה גבי נכרי קודם ייאוש אף שהנכרי קונה מה״ת בקלב״מ מ״מ הא מדרבנן ל״ק ומחייבת בבכורה אבל אחר ייאוש קנה הנכרי לגמרי ולא הוי בכור: — אבל התוס׳ והאשר״י חולקין על רש״י בתרתי חדא דלא קיי״ל דין קלב״מ בנכרי ועוד דבעין לא קנה בקלב״מ. — וקשה לי על הקצה״ח ז״ל שכ׳ שגם התוס׳ סוברים כשיטת בעל המאור ובאמת שכן נראה שם בסנהדרין. — וממ״ש כאן נראה שאין התוס׳ סוברים כן דאל״ה לא הי׳ להם להקשות על רש״י :

והשתא שוב נבוא לתרץ קו׳ התוס׳ על רש״י ז״ל בע״ז ונבאר כל כל הסוגי׳ דשם שהיא מוקשה מאד דהנה שם פריך מהא דר״י ב״נ נהרג ואי ס״ד משיכה בנכרי אינה קונה א״כ אמאי נהרג ובתרי׳ הא כל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא ולא גזל הנכרי. — וכאן הקשו האחרונים הא רש״י והרמב״ן ז״ל סוברים דאפי׳ אי משיכה לא קנה מ״מ קנה חלרו וא״כ מאי פריך הא שפיר גזל כשבא לרשותו. — וקודם לכן נבאר קו׳ התוס׳ על רש״י שהקשו הא כל גזלן לא קנה הגזילה אלא לחייבו באונסין א״כ הא גם בנכרי אף שמשיכה אינה קונה לגמרי מ״מ קנה לחייבו חיוב שלו דהיינו מיתה. — והנה לכאו׳ לא נוכל להבין קו׳ התוס׳ מה זו קושי׳ הא כל גזלן וגנב צריכין לעשות קנין שקונה במו״מ וכמ״ש הריטב״א בכתובות ל״א לענין משיכה ברה״ר ואף דהתוס׳ חולקים שם היינו משום דמשיכה הוי עדיף קנין במו״מ אלא דלא קנה ברה״ר וסברי התוס׳ דלגנב מהני אף ברה״ר אבל אם לא עשה הגנב קנין שקונה כלל וודאי דאינו חייב כלל אפי׳ באונסין וא״כ שפיר פריך כאן אי משיכה בנכרי לא הוי קנין כלל א״כ לא עשה הגזלן מעשה קנין כלל ואמאי נהרג ומאי הקשו התוס׳ ולע״ג לכאו׳ :

ונראה לענ״ד דהתוס׳ שהקשו כן הלכו לשיטתם אבל רש״י באמת לק״מ קושי׳ התוס׳ וכמו שאבאר דהנה התוס׳ סברי דאף דמשיכה לא קנה במו״מ מ״מ כל היכא דליכא מעות כגון מציאה ומתנה קונה משיכה מה״ת וכמו שהבאתי לעיל בדין מעות קונה ועפ״ז שפיר הקשו כאן דהי׳ קשה להם לרש״י שסובר משיכה לא קנה במו״מ א״כ קשה כל גזלן אמאי חייב הא לא עשה קנין המועיל כלל דאף שבא לרשותו מ״מ כל דמשיכה לא קנה גם הכא לא קונה מה״ת לשיטתם וכמו שכ׳ הקצה״ח הבאתיו לעיל וא״כ לא משכחת גזלן שיהיה חייב אלא וודאי ע״כ צ״ל דהא שחייב הגזלן לרש״י ה״ט משום דאף דמשיכה ל״ק במו״מ וגם באיסורא אתי לידו ל״ק להיות שלו ע״י משיכה וכמו שיתבאר לקמן בדבריהם מ״מ הא הוי משיכה קנין מה״ת במציאה ומתנה דליכא מעות וכיון דמהני משיכה היכא דליכא מעות והוי קנין תורה מהני נמי לחייבו לגזלן. ואף שכ׳ התוס׳ דכל היכי דאתא באיסור לידו לא מהני אלא היכא שקונה במו״מ היינו לא קנה להיות שלו לגמרי וכמו שנבאר דבריהם לקמן אבל לחייבו באונסין מהני כל שעשה מעשה קנין שקונה במציאה ומתנה וא״כ שפיר הקשו על רש״י דמאי פריך כאן בנכרי אי משיכה ל״ק הא אף דלא קנה משיכה בנכרי היינו במו״מ דאיכא מעות אבל במציאה ומתנה ע״כ קנה וא״כ כן נמי בגזלן לחייבו ומהני מה״ט דמהני במתנה וכמו גזלן ישראל וזהו ברור בכוונת קושי׳ התוס׳ :

אמנם רש״י לשיטתו לק״מ דהא רש״י סובר דאי משיכה לא קנה לא הוי קנין כלל לא במציאה ומתנה ואם כן לא עשה הנכרי מעשה קנין כלל ובשלמא גזלן ישראל חייב מה״ת ע״י חלרו דהא לרש״י אף דמשיכה לא קנה מ״מ חלר קונה וכן נמי שמתא דתיקון רבנן משיכה חייב גזלן ישראל ג״כ ע״י משיכה אף דלא הוי אלא קנין דרבנן מ״מ גם הגזלן וגנב חייב בו כדמוכח ממה שכ׳ התוס׳ בכתובות שם דלא תקינו רבנן ד״א לגנב וכמ״ש בטעמם ומשמע דשאר קנין דרבנן מחייבו לגנב אבל בנכרי פריך שפיר דאי משיכה לא קני לו מה״ת א״כ גם מדרבנן ל״ל משיכה וא״כ לא עשה שום מעשה קנין ול״ק קו׳ התוס׳, והשתא נבוא לתרץ מה שהקשו האחרונים דמאי פריך הא איכא קנין חלר לרש״י ז״ל — ואומר אני דרש״י סובר כהריטב״א שבחולין שהבאתי לעיל דלאו כדאה התורה חלר לקנות באיסורא אלא בגנב ולחייבו כפל אבל באחר לקנות לו חלר שיהי׳ שלו לגמרי במה שעושה איסור לא קני לו החלר ועיין לעיל בחלר דין כ״ג שהוספתי בטעמו דלא מלינו חלר בעושה איסור אלא לקנין גנב שהוא אינו קונה אלא כדי לחייבו אבל להיות קונה לגמרי לא ועיין לעיל סוף חלר שמוכח דרש״י סובר כהריטב״א מכח קו׳ הרמב״ן ע״ש — ובזה מיושב הקושי׳ דהכי פריך אי משיכה ל״ק בנכרי אמאי נהרג הא לא עשה מעשה קנין ולא גזל ואי תימא מטעם חלר א״כ מאי ולא ניתן להשבון דהיינו שא״ל להחזיר והוי שלו משום קלב״מ וקשה אמאי האיך קנה הא ע״י חלר לא מלי לקנות כשעושה איסורא להיות שלו לגמרי — בשלמא אי משיכה קונה א״ש הכל דהוא נהרג שגזל במשיכה וכן אינו משלם שקנה במשיכה ג״כ להיות שלו ע״י קלב״מ, אבל אי משיכה ל״ק א״כ אמאי נהרג ואי משום חלר הי׳ א״ש דנהרג אבל המקשן סמך אהא דאינו משלם דאי משום חלר אמאי אינו משלם ולא ניתן להשבון הא חלר ל״ק להיות שלו לגמרי — וכי משני לו משום דלעריס לישראל פריך ליה באמת אסיר מאי ולא ניתן להשבון הא כל היכא דאיתא ברשותו דישראל הוי ומשני איכא בתורת השבון ולפ״ז הי׳ ניחא גם התירוץ של חלר אבל לא נאמר הך תירוצא דחזר והקשה ב״נ שני אמאי נהרג הא לא קנה הראשון ומכח זה גם בתורת חלר לא הי׳ ניחא דהא לא קני הראשון ע״י חלר באיסורא להיות שלו לגמרי וא״כ השני לא חייב כלום ומסיק ש״מ משיכה קונה והא דנקיט פחות משו״פ היינו משום דבגזל מישראל הי׳ חייב להשיב אם הי׳ גוזל פרוטה אף דקלב״מ מ״מ לא מהני קלב״מ עכ״פ מדרבנן מישראל, ומ״מ דוקא משום משיכה קונה א״ש אבל אי לא קני משיכה אף דהוי מיושב הא דנהרג הראשון מטעם חלר דלחייבו הי׳ מהני החלר מ״מ הך דלא ניתן להשבון לא א״ש דהא לא קנה חלרו לגמרי וגם השני לא הי׳ חייב כלל דהא הראשון לא קנה לגמרי וזהו דבר נפלא בס״ד :

והנה יצאנו ידי חובות ביאור הסוגיא בעירובין ודע״ז וגם הא דאר״י אליבא דרש״י ז״ל ועתה נפרש הסוגיא וגם מילתא דר״י אליבא תוס׳ ז״ל — ונאמר דעת תוס׳ דבנכרי לא שייך קלב״מ והא דאר״י דוקא בגזל מישראל ופחות משו״פ ובע״ז הכי פריך מר״י בשלמא גזלן ישראל משו״פ חייב דהא גזל פרוטה וא״כ אף דלא קני ולא נתרבה ממונו מ״מ עכ״פ חיסר ממון חבירו ועל הכי חייב אבל נכרי שגזל פחות משו״פ אם הוא לא קנה אותו דמשיכה ל״ק בגוים א״כ לא נתרבה ממונו וגם

לא חיסר דהא פחות מש"פ הוי ואמאי חייב — ולקמן הקשו ע"ז דמאי פריך אי משיכה אינה קונה בנכרי אמאי נהרג הא כל היכא דליכא מעות כגון מציאה ומתנה קונה במשיכה ותי' דכל היכא דבאיסורא אתא לידו ל"ק משיכה אלא אם הוא קונה גם במו"מ אבל אם אינה קונה במו"מ לא קנה אלא במשיכה אתי לידו ולא בא"י ע"ש היטב :

והנה גדול אחד טעה בפי' דברי התוס' הללו ויצא לחלק דלפמ"ש התוס' לקמן דכל דבאי' אתי לידו ל"ק לר"י במשיכה ולפ"ז לר"י לא חייב גזלן ישראל אלא משום שחיסר ממון אבל לא משום ריבה דהא ל"ק אבל לר"ל דמשיכה קונה בכ"מ א"כ לאו משום חיסר לחוד אלא משום ריבה ממונו חייב דהרי לר"ל אף באיסורא קונה משיכה מה"ת ועפ"ז כתב גדול הנ"ל לומר דהא שכ' התוס' לעיל דגזלן ישראל אינו חייב אלא משום חיסר ולא משום שנתרבה היינו לר"י ולא לר"ל והאריך ע"ז בפלפול גדול — וזהו לפי דעתי טעות גדול דאיך שייך ריבה ממונו בגזלן ישראל בין לר"י ובין לר"ל הא אף שקנה הגזלן הא לא קנה להיות שלו אלא לרעתו הוא דקנה כדי לחייב באונסין ואמאי נתרבה ממונו שייך בדבר שצריך להחזיר או לשלם — וכן נמי בזה שכ' התוס' לקמן טעה דודאי גם לר"י דמשיכה אינה קונה מ"מ קנה הגזלן אף דבאיסורא אתא לידו מ"מ קנה לרעתו ולחייבו באונסין ומש"ה דמשיכה הוי מעשה קנין שקונה במציאה ומתנה וא"כ מה זה שכ' התוס' לקמן דכל דבאיסורא אתא לידו ל"ק אלא היכא דקונה גם במו"מ. —

והא לך פי' התוס' לפי דעתי דכאן כתבו דגזלן ישראל א"ש דחייב אף דודאי ל"ק בין לר"י ובין לר"ל להיות שלו וא"כ לא נתרבה ממונו כלל מ"מ הא עכ"פ חיסר ממון חבירו ומש"ה אמרה התורה שהוא קונה לרעתו ולחייב באונסין והיינו בישראל שגזל פרוטה דבפחות מש"פ לא חייב באמת גזלן ישראל כלל וא"כ בפרוטה איכא חיסר ממון אבל בנכרי שגזל פחות מש"פ וא"כ לא חיסר ממון וסובר הגמ' דמ"מ חייב משום שנתרבה ממונו דהא קנה לגמרי והוי שלו משום דליכא פרוטה וכשקנה לגמרי קנה ואיכא ריבה ממון לגביה ומש"ה פריך אי משיכה ל"ק א"כ לא ריבה ולא חיסר איכא וע"ז הקשו לקמן דמאי פריך הא כל דליכא מעות קונה משיכה כגון מציאה וא"כ גם כאן אף דמשיכה ל"ק בנכרי מ"מ קנה לה האי נכרי לגמרי ואיכא ריבה ממון וע"ז תי' דכל היכא דאתא באיסורא לידו ל"ק להיות שלו לגמרי אלא היכא שהוא קונה במו"מ אבל כל היכא דל"ק במו"מ רק במתנה לא קנה להיות שלו לגמרי היכא דאתא באיסורא לידו וא"כ מש"ה האי נכרי נמי לא קנה הפחות מש"פ להיות שלו ומש"ה פריך דליכא לא חיסר ממון ולא ריבה אי משיכה ל"ק במו"מ, אבל גזלן ישראל דאיכא חיסר ממון אף דליכא ריבה מ"מ קנה לרעתו לחייב באונסין דכל שעשה מעשה קנין המועיל במתנה חייב באונסין משום שחיסר ממון ישראל ואין לחלק כלל בין באיסורא אתא לידו דאדרבה מש"ה חייבו התורה אף של"ק לגמרי מ"מ חיסר ממון, ורק בנכרי מחלק כן בתוס' משום שרוצה לחייבו משום ריבה ממון והיינו שקונה לגמרי, זהו כוונת התוס' ברור ואמת :

והנה בקה"ת סי' שמ"א כ' דה"ט דייאוש ל"ק באיסורא אתא לידו משום דכל יאוש הא צריך קנין וכמ"ש התוס' ב"ק ס"ט דבר"ה לא מהני יאוש וא"כ לר"י דל"ק משיכה ולא חצר לשיטת התוס' ולפיכך גם הגזלן ל"ק לשיטת התוס' כאן דכל באיסורא אתא לידו ל"ק לו המשיכה אלא היכא דקני במו"מ וא"כ מש"ה לא קני יאוש — ולכאורה דברי הגאון ז"ל תמוהים דאיך למד כן מתוס' הללו בשלמא כאן שפיר כתבו התוס' על הנכרי שגזל דכשמשך באיסור משך והא ראי' שנהרג אף דהוא פחות מש"פ והישראל ימחול מ"מ כשלקח לקח באיסור משא"כ אחר יאוש הא אף שהמשיכה באה לו קודם יאוש ובאיסור מ"מ עתה אחר יאוש תקנה לי' חצרו דהא עתה הוי לו הפקר ובא לו בהיתר כשאר הפקר והגע בעצמך שאם מחל הנגזל הגזילה לגזלן ואמר לו בפירוש שיהי' שלו במתנה וכי לא קונה לו חצרו משום שבאה לו בתחלה באיסור והא ודאי קונה וכן מוכח מהא דקדשה בגזל דידה דמחולה אצלה גביה והוא קונה ואף שבאיסור בא לידו וא"כ מ"ש יאוש ול"ע —

ונראה דיש להסביר ולקיים סברת הגאון ז"ל כשנסביר תחילה סברת התוס' שהניח לנו הגאון ז"ל ולא כ' בה שום סברא ועיין במח"א שכנו ז"ל הניח סברת התוס' בצ"ע, ולענ"ד בסברתם דכיון דבמקום דאיכא מעות ל"ק משיכה והיינו משום שמחוסר מעות ול"ק אלא במתנה דליכא ולא מחוסר מעות וא"כ מש"ה נמי כל שהוא גזל ועשה איסור דהיינו שלקח מישראל בחנם זהו הוי כמו מו"מ ולא נתן מעות ולא מהני משיכה אלא במתנה שא"צ ליתן מעות אבל היכא שצריך ליתן מעות ל"ק להיות שלו בלא מעות וגם כאן הא מחוסר מעות הוי דהיינו שהי' לו ליתן מעות ולא ליקח בחנם וע"כ ל"ק משיכה וזהו סברא ברורה כשמש — ומעתה צדקו דברי הגאון ז"ל דהא דלא מהני קנין משיכה וחצר ביאוש ה"ט משום דאף דיאוש קונה מ"מ עדיין הוא חייב לשלם על גזילה זו מעות דאף שהוא חייב אותן המעות על שעת גזילה מ"מ הכי קודם יאוש הוא משיב את החפץ ולא יתן דמים ואחר יאוש קונה את החפץ עד שע"כ צריך ליתן דמים אם ירצה הנגזל ולא יפטור בהחפץ וא"כ הוי כקונה חפץ בדמים ומחוסר אותן המעות עדיין שלא נתנם עוד משא"כ אם מחל הנגזל אז שפיר קונה לו חצרו דהו אינו מחוסר ממון וזהו ברור — אבל עדיין קשה על סברת הקצה"ח ז"ל דסברתו הי' כיון דמדין תורה וקודם שתיקנו משיכה קונה במו"מ אבל אחר שתיקנו חז"ל משיכה במו"מ א"כ חזר הדין להיות כמו לר"ל מה"ת וא"כ איך אמרו יאוש אינה קונה אלא מדרבנן ומשום תקנת השבים הא עתה יש לו קנין משיכה וחצר וכמו דמהני אותן הקנינים לאחר דין תורה אף שהם מדבריהם כן נמי מהני ליאוש שהוא הפקר בלא תקנת השבים אלא מדינא משום הפקר ב"ד שהוא ד"ת, ואין ראיה מסברת התוס' שהם כתבו כן על גזלן נכרי שאין לו תקנת חכמים במשיכה אלא ד"ת דמשיכה ל"ק במו"מ וגם הוא אינו נהרג מתקנת חז"ל אבל על שאין יאוש ודאי דמהני משיכה כמו דמהני במו"מ ול"ע :

ונראה ליישב דאף דמשיכה קונה מתקנת חכמים מ"מ אי לאו משום תקנת השבים לא הי' מהני משיכה ביאוש משום דלא תיקנו חכמים משיכה דאיסורא דליקני ובמשיכה זו שהוא קונה אחר ייאוש הוא עושה איסור שמבטל מצות עשה של השבת הגזילה שאם לא קנה יכול לקיים בה מצות השבה משא"כ כשקונה החפץ אף שמשלם אח"כ ועוקר הלאו של לא תגזול מ"מ מצות עשה של והשיב את הגזילה תו לא מקיים וא"כ הוי קנין באיסורא ולא הי' מהני ולא משום כל מילתא דאמר רחמנא לא תעבוד דזה לא איכפת לך דבגזל דגלי קרא שנוי קונה אף דג"כ הוי באיסור וכדאמרינן בתמורה וא"כ גם ייאוש קונה כמו כן אך כ"ז אי משיכה מה"ת אבל אי מדרבנן לא תיקנו רבנן משיכה קונה באיסורא ומש"ה צריך לומר משום תקנת השבים. — ולפמ"ש לעיל לדעת רש"י ז"ל והריטב"א דחצר ג"כ אינו קונה להיות שלו לגמרי היכא שעושה איסורא ניחא נמי דאין חצרו קונה אחר ייאוש משום שהוא אסור לזכות בה להיות שלו כמו דאר"י בחולין גבי הא דאסור לזכות בבילים ע"ש ועיין לעיל. — אך כ"ז לא ניחא אלא לר"י אבל לר"ל עדיין לא ידענו אמאי לא קני בייאוש וע"י משיכה ורש"י ז"ל הא פוסק כר"ל :

ואמנם נראה דאפשר ליישב גם לרש"י ז"ל וכמ"ש הקצה"ח ז"ל ולא מטעמיה והיינו דהוא לא כתב כן אלא לר"י ואנן קימא אפי' לר"ל דמש"ה ל"ק בייאוש לא במשיכה ולא בחצר משום שהוא עושה איסור בקנין זה וכל מילתא דאמר רחמנא לא תעבוד אי עביד לא מהני כרבא ובגמ' פריך לה משנוי קונה ומשני שאני גזל דאמר קרא אשר גזל אם בעין שגזל יחזיר ומהני השנוי, וסובר רש"י ז"ל דכל שגילה קרא בפירוש לא מהני אלא למה שגילה אבל ייאוש הא לא גילה קרא באיסור דמהני וא"כ לא קנה אף דהוי הפקר מ"מ לא קנה משום דלא קנה ליה הקנין שנעשה באיסור דע"י הקנין הוא מבטל מצות עשה של והשיב את הגזילה וכדפריך משנוי קונה דע"כ לא הי' הקושי' על האיסור שעשה בשעה שגזלה אלא על הא' שעושה ע"י שקונה בשנוי שאין מקיים אח"כ והשיב וא"כ בייאוש דלא גילה קרא לא מהני הקנין. — וכן נמי הסברא נותנת דלא אמרה תורה משיכה קונה אלא בהיתר ולא באיסורא כדאמרינן בחצר לדעת רש"י וכיון דלא מצינו קרא לסיפוק אמרינן דאפי' משך לא מהני משום כל מילתא דהא שאמר הריטב"א כן בסוף חולין בחצר דווקא היינו משום דהם לא אר"י אלא שאסור לזכות בבילים לכתחילה אבל אם לקח בידים קנה בדיעבד שכן אמרו חז"ל. אבל כשעובר על אי' תורה לא קנה. — והא דמקח שנעשה באיסור דמהני ולא אמרינן כל מילתא כו' ה"ט כמ"ש הש"ך וסמ"ע סי' ר"ח אבל באיסור זה של גזל לא שייך הך טעמא דהא בגמ' פריך מיניה משנוי קונה ומשני וא"כ בייאוש י"ל דמש"ה ל"ק בגזלן משום דלא מהני היכא דלא גלי קרא ודו"ק בכ"ז כי זה סלל ונכון:

ועפ"ז אמרתי דבר חדש במה דפליגי רבה ור"י אי ייאוש קונה או לא דהנה רש"י פי' הא דאמר רבה ב"ק ס"ו שנוי קונה כתורה כו' פרש"י ז"ל היכא דשני בידים והוא תמוה לכאו' כאשר הניחו בקצה"ח בצ"ע. — ונראה דרש"י ז"ל קאי על הא דרבה והוא סובר שנוי החוזר נמי קונה וכמ"ש התוס' דמוכח לה מקרא דאיכא שני דרשות על שינוי קונה, ולפ"ז סובר רש"י דכיון ששינוי זה החוזר לאו שינוי עושה הוא ולא מהני אלא עם מעשה הגזלן דהיינו שע"י מעשה שלו קנה אף בשינוי כזו אבל בשינוי שאינה חוזר קנה אף בממילא ומש"ה הביא הש"ס שם הך מתני' דהנגזל עלים ולא הביא הך דגזל בהמה והזקינה זהו כוונת רש"י ברור ועיין נתיבות שס"א שהוא ג"כ כ"כ אלא שהוא כתב בה קצת סברא ולפי דעתי דעת רש"י כן בלי שום סברא אלא לחלק דכיון שהיא שינוי גרוע לא מהני אלא ע"י מעשה הגזלן. — והנה שם בנתיבות הקשה אהא דפריך שם בתמורה ארבא דאמר כל מילתא כו' מהא דשנוי קונה וקשה מאי פריך הא כיון דמהני שנוי דממילא א"כ הוי כמ"ש התוס' שם בצורם אזן בבכור דל"ק מכל מילתא כו' דלא מעשה שלו וא"כ גם כאן הא שנוי מהני נמי ממילא ותירץ שם דסק"ו לרבה דשנוי החוזר הא לא מהני ממילא. — ולפי דעתי יש ליישב הקושי' בפשוט דהא דמהני שנוי דממילא היינו משום דכתיב אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו לא יחזיר וא"כ להס"ד של המקשן דלא ידע עדיין מקרא דאשר גזל א"כ הוא סבר דממילא לא קני שנוי מה"ת כלל אלא ע"י מעשה

מעשה הגזלן הוא דמהני וא"כ שפיר פריך ועי"ז מהני ליה דכתיב אשר גזל. — ולפ"ז לא צריך לפרש לדברי התלכן דהוי כאן בגזל גזה"כ דאף דאמר רחמנא לא תעבוד ע"מ גזרה התורה דבלאו זה של גזל מ"מ מהני, אלא נפרש בכוונת התלכן דהכי אמר שהכי גזל דכתיב אשר גזל וא"כ מהני שהוי אפי' מעילה בלא מעשה הגזלן ומש"ה קונה אף כשמעשה הגזלן דאצריכין לך מעשהו כמו בצורם אוזן בבכור וכמ"ש התוס' וזהו הטעם של ר"י שחולק על רבה וסובר יאוש לא קנה דהא ביאוש נמי הא עושה איסור דהוא מבטל מעשה של והשיב כמו בשינוי ושיאוש הא לא קנה אלא ברצון הגזלן וכדאמרינן בגמ' גבי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות וא"כ חזינן שרק ע"י רצונו קונה ביאוש וקשה אמאי הא כל מילתא כו' ואין לומר דחזינן דהתורה גזרה בלאו של גזל דמהני אף שעשה איסור דהיכן אלינו כן דהא שכתבה התורה שינוי קונה ה"ט משום דמהני אפי' מעילה ומש"ה סובר דבאמת יאוש אינו קונה מה"ת כלל מהאי טעמא גופא והא דמהני יאוש עם ש"ה או ש"ה אף דעשה איסור ע"י יאוש ה"ט דהם לא היאוש קונה אלא השינוי וכיון דניחא מהני נמי מעילה בלא מעשה הגזלן שינוי זו נמי מהני ואף דלא משכחת לה בלא מעשה שלו דהיינו בלי רצונו שיקנה ע"י יאוש מ"מ היינו משום דלא משכחת אבל אם הי' משכחת היתה קונה השינוי אף בלא מעשה הגזלן ומש"ה קונה כמו בצורם אוזן. — והא ניחא לדידן אבל רבה לשיטתו שהוא הא סובר שנוי החוזר נמי קונה ועי"כ משום מעשה הגזלן וכמו שפרש"י דהך שנוי גרוע ליה אלא במעשהו וא"כ לדידיה אי אפשר לתרץ הקושי' שפריך הגמ' בתמורה כמו שפירשנו דמשום דמהני גם מעילה דהא עדיין קשה משנוי החוזר דכתב קרא דג"כ מהני והוא הא לא קונה אלא ע"י מעשה שלו ועי"כ צריך לתרץ כרבה דכן גזה"כ בלאו של גזל דמהני אף דבכל התורה לא מהני וא"כ מש"ה גם יאוש קונה לדעת רבה דהא כיון שגזה"כ בגזל דמהני והכי גם ביאוש דו"ק בזה כי זהו דבר חריף:

דין ד.

גזלן שרוצה לאבד ולחסר אי קונה.

הנה אם הגביה חפץ חבירו כדי לאבדה קנה אותה לחייב באונסין והתחייב בהשבה כגזלן וכן מבואר בב"ק צ"ח גבי הדוחף מטבע של חבירו בים דאמר שם אבל אם אדיי אדייה מגזל גזילה והשבה מעליא בעי — ומוכח דלאו דוקא מתכוון לגזלה לעצמו אלא אפי' אם רוצה לאבדה הוי גזלן וכן מבואר בש"מ פי' המפקיד ע"ש. — אלא שמצאתי בפי' שם ב"ק בשם הש"ך שנסתפק בדבר — והנה הוא בש"ך סימן של"ו שנסתפק בהגביה ע"מ לאבדה. — ולענ"ד לא זהו ספקו של הש"ך דודאי בגוונא שנאמר בהא דרבה שהגביה ע"מ לזרוק בים וזרקו באמת בהא ליכא להסתפק דאמרינן מעיקרא משעת הגבהה קנאה והוי גזלן וצריך לעשות השבה וחייב בגרמא מה"ת וכדאמרינן שם ואין בזה ספק. — אבל ספיקו של הש"ך הוא בגוונא דמיירי התם שהגביה ע"מ לאבדה ואנס קודם שאבדה הוא כאבדה מאליה באונס דבהא יש להסתפק דילמא לא הוי מאבדה וא"כ לא הוי גזלן מעיקרא. — ונמצא לפי"ז מי שמגביה לאבדה ואבדה אח"כ וודאי הוי גזלן למפרע וקנאה מיד בהגבהה זו דהא כלל למזיק והזיק ואין חילוק בין מזיק לגזלן אלא אם לא הגביה משום דכל גזלן צריך קנין ומזיק לא צריך קנין אבל אם עשה קנין הוי שמזיק גזלן וחייב בהשבה מעלמא. — ואלא שאם לא נתברר שהזיק שלא נעשה רצונו אלא שמתה מאליה בזה יש ספק:

ואמנם מצאתי סתירה לזה מרש"י בגיטין דף כ"ב בסוגי' דהמטמא ומדמע דאמרינן שם משעה דאגבה קנה ופרש"י ז"ל דאגביה ע"מ לגזלם ע"כ ולפי מה שנתבאר לא הי' צריך לפרש ע"מ לגזלה דהא הוא מגביה ע"מ להפסידו ולנסכו ונסכו אח"כ באמת וא"כ שפיר קנה מיד בהגבהה וליכא לפטרו משום קלב"מ ואפי' לא כיון לגזלו וזהו לע"ג ויותר קשה כן על הרשב"א ז"ל שם דפי' ג"כ כרש"י אלא יותר מפורש שהוא כתב דר' ירמיה ורב מוקי למתני' בע"מ לגזלו משום שהי' קשה להם היינו מדמע ושמואל סובר דמתני' מיירי סתם ואפי' שלא לגזלו ולקנותו ע"ש היטב בדבריו ז"ל וא"כ מוכח בפי' דלא הוי גזלן במה שמגביה ע"מ לנסכו ולהפסידו ולע"ג:

ונראה לענ"ד שגם רש"י מודה דמי שהגביה ע"מ לאסרו או לאבדו הוי גזלן והא דפי' דמיירי שמגביה ע"מ לגזלו היינו דרש"י ז"ל סובר הגבהה לצורך ניסך היא וכמ"ש ר"ת בכתובות דא"א לנסך בלא הגבהה וא"כ אם הי' מגביה כדי לנסכו לא הי' חייב על הגבהה זו אף דהוי גזלן מ"מ הא קלב"מ גם על מעשה ההגבהה כיון שהיא לצורך הניסך ומש"ה פי' דמיירי שנתכוון לגזלו ג"כ וחייב שפיר על זו הכוונה שהיא לאו לצורך ניסך היא שהי' יכול לנסך בהגבהה שלא לגזלו. — ושמואל דלא ניחא לאוקמי מתני' במשכחת זו דע"מ לגזלו פטור אף שמגביה משום שהיא לצורך ניסך וזה נכון. — ובזה יש ליישב קו' התוס' שם ע"ב ד"ה גזלן ע"ש שהיא קושי' גדולה ואף שתי' דלחזקיה דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק אין לך שנוי גדולה מזו והיא סברא נכונה מ"מ מכ"ל להקשות כן ומסיק בתיובתא. — אבל לפרש"י ז"ל א"ש מאוד דהגמ' מוכחת דחזקיה ע"כ ס"ל להך סברא דאל"כ תיקשי ליה מתני' דידן אמאי חייב במנסך הא קלב"מ והוא ע"כ ס"ל כרב דמנסך מעט דאי כשמואל א"כ קשה היינו מדמע דלחזקיה לאו קנסא הוי דכיון לא ילפינן אלא דין תורה היא וא"כ קשה אמאי חייב הא קלב"מ ואי משום דאגביה ע"מ לגזלו וקנה הא אומר לו הרי שלך לפניך וא"כ הוי כאילו לא גזל ולא חייב על הא דאגביה ועל מעשה הניסוך הי"ל קלב"מ ובשלמא לר"י ל"ק מתני' לרב דלר"י עשאו חכמים היזק שאינו ניכר כמו היזק ניכר וכמו דבהיזק ניכר אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך דהא הוי שנוי כן נמי הכי דאגביה ע"מ לגזלו ואינו יכול לומר לו על הגזילה הרי שלך לפניך דהא היזקו בידים וחשבינן להיזק זה כמו שהי' ניכר כדי שלא יכול לומר לו הרי שלך לפניך וחייב על שעת גזילה והא דצריך דוקא דהגביה ע"מ לגזלו דאל"ה הי' פטור דאין לחייבו על היזק שאינו ניכר יותר מאם הי' ניכר וקלב"מ הא פטור אבל באגביה ע"מ לגזלו שחייב משעת הגבהה ואינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך דהוי כהיזק ניכר מדרבנן. — אבל לחזקיה שהוא מחייבו מה"ת קשה אמאי חייב הא על ההגבהה אומר לו הרי שלך לפניך דהא אינו ניכר ולא קנה בשנוי ועל הניסוך הי"ל קלב"מ. — אלא וודאי ע"כ מוכח הך סברא של התוס' ממתני' דידן דכיון דהוי לחזקיה היזק שאינו ניכר שמיה היזק אין לך שנוי גדולה מזו ולא מצי אמר הרי שלך לפניך וחייב שפיר על שעת גזילה וקשה שפיר ממתני' דב"ק דקתני שאומר לו הרי שלך לפניך ואמאי הא מוכח ממתני' דידן דהוי שנוי ולא מצי א"ל הש"ל ודו"ק כי זהו נכון מאוד — והתוס' שלא הוכיחו סברתם ממתני' דידן ה"ט שהם הולכים לשיטתם דלא מיירי מתני' דאגביה ע"מ לגזלו והא דחייב לרב היינו משום שאינו סובר דפטור משום הגבהה לצורך ניסוך וכן אינו סובר עקירה לצורך הנחה לענין שבת לפטור וכמ"ש בכתו דרב ור' ירמיה סוברים דאף שהעקירה או ההגבהה לצורך למעשה הגמר שאז בא החיוב מיתה מ"מ כיון שבתחילת המעשה עדיין לא הי' חייב מיתה עד שנגמרה חייב לשלם על תחלת המעשה ולא נפטר ע"י הגמר שחייב מיתה שהוא חייב על ההתחלה שאינו עדיין בחיוב מיתה על כל מה שיעשה אח"כ. — וזהו סברת התוס' ג"כ כאן הכי לבסוף דשמואל סובר שעל ההגבהה אומר לו הרי שלך לפניך ורב סובר דחייב על ההגבהה אבל שיעשה אח"כ ונתקשו האחרונים בהבנת דבריהם ז"ל עוד הקשו שהתוס' סתרו דבריהם למ"ש בתחילת דברי התוס' אבל לענ"ד זהו כוונת התוס' דשמואל סובר דע"כ מש"ה חייב על ההגבהה משום שנעשה גזלן וא"כ אם אמר הש"ל תו לאו גזלן הוא וליכא לחייבו דקלב"מ ורב סובר דלאו משום גזלן חייב אלא משום מזיק שמשעת הגבהה הוי התחלה של מעשה המזיק וכיון שבהתחלה עדיין לא קלב"מ חייב בהתחלה זו על כל מה שיעשה ויגמור אח"כ וכיון דלאו מתורת גזלן חייב לא מהני הרי שלך לפניך דלא מהני הש"ל אלא דהוי כלא גזל ואם לא גזל אינו חייב באונסין אבל מזיק הא חייב אף שלא גזל. — ומעתה לשיטתם יפה הקשו לקמן מאי פריך אחזקיה דילמא מסלק דבמעשה בידים חייב ובממילא פטור דאומר לו הש"ל וכאן במתני' לא מהני הש"ל משום דהוי מזיק מתחלה ועד סוף ועל התחלה חייב. — אבל לפרש"י ז"ל שפי' דחייב משום גזלן לק"מ קו' התוס' דשפיר פריך שגם במתני' דידן יאמר לו הרי שלך לפניך א"ו דלא מהני וא"כ קשה מתני' דב"ק:

ודע שראיתי במהר"ם שי"ף שפי' דהא שכ' התוס' הגבהה לצורך ניסוך ה"ט משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. — ובזה הי' אפשר ליישב קו' התוס' בחולין על רש"י ז"ל שפי' שם על כ"ה לא מבעי הגביה והגבילה קנאה בהגבהה ונעשית שלו והקשו בתוס' דלפי"ז מאי פריך בגמ' על כ"כ ור"ע ממתני' דהמטמא הא שם מיירי בהגבהה וקנאה ע"ש. — וי"ל דהא שם לרב הולך וא"כ הכי פריך דע"כ מוכח ממתני' אדם אוסר דשלא אפי' בלא הגבהה דאי אין אדם אוסר א"כ הגבהה לצורך ניסוך היא ואמאי חייב לשלם הא קלב"מ על ההגבהה ג"כ א"ו אדם אוסר דבר שאינו שלו אפי' בלא הגבהה ומש"ה חייב על ההגבהה וקשה על כ"כ ור"ע. — אלא דלענ"ד כל עיקר הסברא של המהר"ם שיף ז"ל היא פלא ותמוה דהא אנן בעינן שתהי' לצורך ניסוך דהיינו שלא יהי' חייב מיתה על הניסוך אם לא יגביה וכמו דאמרינן עקירה לצורך הנחה שאם לא יהי' עקירה לא יהי' מחלל שבת וזה אינו כאן לפי' סברתו ז"ל שאפי' אם לא יגביה ולא יהי' נאסר היין משום שאין אדם אוסר מ"מ יהי' חייב מיתה על עבודת הניסוך מידי דהוי אמשתחוה לכר דהר מותר ועובדה בסייף וא"כ לא הוי הגבהה לצורך חיוב מיתה של ניסוך — אלא וודאי הפי' של הגבהה לצורך ניסוך שדרך עבודת ניסוך בכך ואם לא יגביה לא הוי ניסוך ולא חייב מיתה וזה ברור מאוד. — ואפשר ליישב דהמהר"ם שי"ף הולך לפי מה דאמר שם ישראל מכוון לגמורו אלא דמ"מ יקשה הא לר"מ עכו"ם מיירי כאן במומר אי שותפות ודו"ק. — ואגב אכתוב מה שאמרתי ליישב קו' התוס' על רש"י הנ"ל דרש"י סובר אליבא דר"ה שהוא סובר דלא ילפינן איסור מהקדש דהא כלים דלהקדים

הא אין אדם מקדיש דהא"ש אפי' ע"י מעשה ובאיסור יכול לאסרה לכ"ע ע"י מעשה וא"כ כן נמי דאף שהגזלן אינו יכול להקדיש יכול לאסור והסברא לחלק דהקדש שהוא נותן שבשמים להקדש והוי כמו קנין שמקנה לאחר וא"כ אינו שלו לא מצי מקנה לאחר ולא להקדש ואפי' גזלן שקנה לאונסין מ"מ לא אבל לאסור שאין כאן שום קנין אלא שמניח עליה איסור ומשוייה בקנין כל דהו שהגזלן קנאה לחיוב אונסין סגי — והא היכא לכ"ש אבל כ"כ וכ"ע הם סוברים דכאן שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו כן נמי אין יכול לאסור ואפי' במעשה דילפינן איסור מהקדש וא"כ כן נמי דלא מהני לדידהו הגבהה של גזלן לאסור כמו דלא מהני להקדיש והשיר הניח:

דין ה.

אי גזלן יכול לאסור על חבירו חפץ הגזול בנדר.

נסתפקתי כראובן שאסר נכסיו על שמעון ונמצא אצל ראובן חפץ גזול קודם ייאוש אי מותר שמעון להנות ממנו או לא.— הנה לכאו' נראה דאין אדם אוסר על חבירו דבר שאינו שלו וא"כ הגזילה מותרת לשמעון בהנאה ואף שאסורה משום גזל מ"מ אינו עובר משום בל יחל. — אך מ"מ יש לגאות הא דרב בסנהדרין קונה הגזלן את הגזילה לגמרי והוי שלו כנכסיו וא"כ כמו כן יכול לאסרה על חבירו.— וכן נמי נראה דלרב הי' יכול להקדישה וא"כ תלי' ספק שני בפלוגתא דרב ורבא דלרב יכול לאסרה ולרבא דלא קנה אינו יכול לאסרה וכן קיי"ל. — והנה באמת כן מצאתי להגאון ח"ס ז"ל בחו"מ תשו' קל"ב שמסיק הם דלרב באמת יכול להקדישה ותי' בזה קו' התוס' הנ"ל על רש"י בכתובות ע"ש.— אלא דלענ"ד דבריו ז"ל תמוהים מאד ונעלם מהגאון ז"ל לשעתו סוגי' מפורשת בקדושין דף נ"ב דאמר רב עצמו כר"י קדשה בגזל אינה מקודשת ואר"י מי סבר רב כוותי גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו וא"כ הא סובר רב כר"י לגמרי לענין הקדש ועוד דאי הי' יכול להקדיש וודאי שגם לקדש אשה יכול דהא הוא קנה גוף החפץ ואינו חייב אלא דמיו ואף שצריך הגזלן לקיים בו מצות השבה מ"מ הוי שלו לדעת הגאון ז"ל ושאם לא יכלה לקיים בו מצות השבה יכול להקדיש וא"כ כן נמי הי' יכול לקדש אשה והוא ישלם מביתו וע"ש בקדושין נ"ב בתוס' שם שהקשו על רב ור"י מאי אתא לאשמועינן הא כבר ידענו ממתני' דגזל לפני ייאוש אינו שלו ולדעת הגאון ז"ל טובא אשמועינן דאינה מקודשת ולא הוי הקדש ולדבריה קשה על רב סוף סוף דברי הגאון ז"ל לע"ג.— ועכ"ל דאף דרב סובר הגזלן קנה גוף החפץ וחייב באונסין מ"מ כיון דהדר כתיב והשיב ומחויב להשיב את החפץ עצמו ואין הנגזל חייב ליקח דמים אם אינו רוצה והב"ד יורדין ולוקחין מן הגזלן את הגזילה בעינא לא מצי מקדיש ליה לרב כמו לרבא ואין שום חילוק בין רב ורבא אלא לענין קלב"מ דלרב אף שהב"ד גובין אותה מ"מ הוי כנכסיו ובהורת דמים היא כגניבת ולכך פטור בקלב"מ וקנה אותה ולרבא לא קנה כלום אבל לענין מקדיש גם לרב אין יכול להקדישה דאף דהוי שלו מ"מ כיון דלא מצי לסלקו את הנגזל בזוזי לא מצי מקדיש ליה דנגרע מכל אפותיקי דאמרינן הקדש מפקיע מידי שיעבוד דהם ה"ט משום שיכול להקדישו קדושת הגוף והטעם משום דהלוה יכול לסלק את המלוה בזוזי ואפי' באפותיקי' מפורש שאמר לא יהי' לך פרעון אלא מזו מ"מ הלוה יכול לסלקו במעות ומש"ה נתפס ההקדש משא"כ הגזלן אינו יכול לסלקו במעות כ"ז שהיא בעינא ומש"ה לא חל ההקדש בשום אופן דכה"ג לא מקרי אינו ברשות אלא אינו שלו ממש וכדאר"י גזל ולא נתייאשו שניהם אינן יכולין להקדישו זה דהיינו הגזלן לפי שאינו שלו והנגזל לפי שאינו ברשותו וא"כ אינו של הגזלן כלל וכן סובר גם רב בקדושין שהבאתי לעיל.— והא דמהני לו לענין קלב"מ לרב ה"ט משום דאז בשעת גזילה קנה אותה ממש ככל גזלן והוי שלו לגמרי אלא דאח"כ מיד כתב קרא והשיב ומכח אותה השבה הוי הו אינה שלו וא"כ לענין אונסין הוי שפיר שלו דהא קינה אותה מיד לגמרי ושלו נאנס וכן לענין קלב"מ שהוא א"ל לקיים השבה דהשבה זו הוי תשלומין והוי ג"כ שלו דהא קנה מיד להיות שלו לגמרי ונפטר מלהשיב ע"י קלב"מ. אבל להקדיש או למכור אחר שגזלה לא יכול דמיד אחר שגזלה חזרה להיות אינה שלו דהא חייב להשיב ולא מצי לסלקו בזוזי ולא היא בכורה דהך מילתא והח"ס ז"ל לא ירד לסברא זו לחלק כמ"ש ולע"ג דהאמת אתי בס"ד.— אמנם לענין מה שהותחלנו הי' נראה דהגזלן יכול הוא לאסרה על אחר בנדר וטעמא דמלתא משום דהא כל הנאה שלו לכ"ע בין לרב בין לרבא וא"כ יכול הוא לאסור אותה הנאה על אחר והא דלא יכול להקדיש משום דהגוף אינו שלו והקדש צריך להקדיש את הגוף אבל לאסור על חבירו א"צ לאסור גופו של חפץ דוקא אלא הנאתו והנאת תשמיש שלו הוי ועיין בר"ן פ' הפרה שכ' ג"כ סברא זו לחלק בשוכר בין הקדש לאיסור הביאו הט"ז ביו"ד וכן נמי קיי"ל דהשואל יכול לאסור הנאת חפץ ששאל על אחר כדכתב הרמ"א או אפשר דיש לחלק בין שואל לגזלן דשואל כל הנאה שלו ברשותו של משאיל ובהתירא ואין המשאיל יכול לחזור בו כל זמן השאלה משא"כ גזלן אף דהנאה שלו וקנה אותה להנאת תשמיש הייכו שאינו צריך לשלם אבל מ"מ הא הוא חייב בכל רגע במצות השבה וא"כ אין זה נקרא שלו לענין שיכול לאסור על חבירו דכל שאינו שלו לשמש לכתחילה בהיתרא אינו שלו מקרי וכן נראה — ונראה שזהו תליא בפלוגתא שבין רש"י והי"א בחלופי א"ה אי מותרין או לאו דהי"א הא סוברים חלופין מותרין ואעפ"כ אין דמים לחמץ בפסח והאוכלו פטור משום דכיון לכתחילה אסורים למכור אין לו דמים מיקרי ואין לו בעלים ולאו שלו ופטור המזיק ורש"י סובר דאף אי לכתחלה אסור מ"מ כל שבדיעבד אם מכר חלופין מותרים הוי שלו ויש לו דמים וא"כ לרש"י אף כאן אף דלכתחלה אסור להנות מהגזל מ"מ כיון שאם נהנה פטור מלשלם הוי ההנאה שלו ויכול לאסרה על חבירו אבל להי"א כיון שלכתחלה אסור לו להנות לאו שלו הא' הנאה ואין יכול לאסרה — ונראה דמי שיש לו א"ה כגון ערלה ואמר שיהיו אילו אסורים עלי הרי הנדר יש לו לחול דהא אלו אי' ערלה אינם אסורין אלא הן אבל חלופיהן מותרין מה"ת אף למחליף ואתי איסור נדר וחל עליהם ואסור בחלופיהן מה"ת לדעת הריטב"א והר"ן דאסורין מה"ת חלופין בנדר שהוא אסרם באומר אילו וא"כ חל אף על הערלה ע"י כולל, אלא דאין בזה נ"מ דבלא"ה כמו נדרין חלים על איסורין דבר איסור מצוה — אבל נ"מ באוסר עליו קודם באכילת תאנים קשה וא"כ אמר קונם תאנים אילו עלי דחל נדר על נדר דהא בנדר השני אסורים אף החלופין משא"כ בנדר הראשון ומזה קשה לכאורה על הא דקיי"ל דאין נדר חל על שבועה ואם אמר שבועה שלא אוכל ככר זה וא"כ אמר ככר זה עלי קונם אין הנדר חל לפי שיטה זו ואף דע"י הנדר נאסר אף בהנאה מ"מ קיי"ל דהנאה לא הוי מוסיף אלא חמור ולא חל וקשה הא הוי כולל דמשום הנדר אם יחליפו באחר יהיו שניהם אסורים עליו וא"כ מגו דחל על החלופין חל נמי אככר עצמו דקיי"ל כולל חל, ויש ליישב דכיון דעתה לא נחלף וא"כ ליכא עתה חתיכה בעולם שתאסור מחמת נדרו אין זה חשוב כולל כמ"ש הפנ"ה בק"א סי' קי"ם ע"ש ודו"ק:

והנה השואל יכול לאסור על אחר ואין להקשות דלפ"ז יהי' יכול לאסור אפי' לכשתפלה לנקה דהא קיי"ל אדם אוסר דבר שלו על חבירו אפי' לאחר שילא מרשותו דז"א דלא קיי"ל כן אלא בדבר שלו עצם לגמרי ונתפס בו הא' ותו לא פקע כשפירש שתאסור לעולם אפי' כשילא אבל בשואל הא אין הגוף שלו אלא לתשמיש וא"כ לא מצי לאיסר אלא כל הנאה והנאה בפני עצמה עד שהיא שלו אבל אין האיסור נתפס על הגוף כלל וממילא דכל הנאה הבאה אחר שמחזירה תו לא נאסרה שאינה ברשותו וזהו פשוט. — והנה כן כ' הריטב"א קדושין מ"ז הבאתיו לעיל התחלת כלל זה דכל שואל לא קני ליה להחפץ לגופא לתשמיש אלא לתשמיש והתשמיש הוי חוץ מגופה ומש"ה לא מהני ליה מתנה ע"ש שכ' דבקרקע שייך לומר שקונה גופה לפי' משום שהם יוצאים מגופה אבל לא במטלטלין ע"ש דלפ"ז קשה לי דא"כ איך כ' הרשב"א בתשו' והביאו הרמ"א לפסק הלכה דשואל יכול לאסור על חבירו הנאת תשמיש של שאלה הא הנאה זו ה"ל דבר שלא בא לעולם כיון דחשבינן לכל הנאה בפני עצמה ואין לומר עליה שהיא נתפסת בגוף החפץ א"כ הוי כל הנאה קודם שבאה דבר שלא בא לעולם ואין אדם אוסר על חבירו דבר שלא בא לעולם וכן הוי דבר שאין בו ממש וכמו דקיי"ל במעשה ידים דכל שלא אמר פי' לדבורי או ידי לעושיהם לא מהני נעמא וכאן כיון דהשואל אינו יכול לומר יאסר גוף זה לתשמישך דהא אין הגוף שלו לפמ"ש הריטב"א דהוכיח כן דאי הי' הגוף שלו אפי' לשעתו לא הי' הדין שיתחייב באונסין וא"כ איך יאסור השואל על אחר ואפי' בל יחל מדרבנן ליכא באין בו ממש או לא בא לעולם על אחר כמבואר כ"ז בש"ע דדוקא על עצמו איכא בל יחל מדרבנן ולא על אחר וזה לע"ג.— אשר ע"כ הי' נראה לכאורה דדין זה שהביא הרמ"א דהשואל יכול לאסור על אחר לאו כ"ע מודו ביה ולהריטב"א אינו יכול לאסור, ובלא"ה נראה דהרשב"א ז"ל אינו סובר סברת הריטב"א דהא הוא סובר דמהני ק"ש לשאלת קרקע כמ"ש בגיטין פ' הזורק כמו שהבאתי בשמו כלל ה' דין ד' לעיל וא"כ ע"כ סובר שקונה הגוף לתשמישו ודלא כהריטב"א.— אמנם שוב נזכרתי דהריטב"א גופא מודה בשאלת בית לדירה שקונה הגוף וכמ"ש הוא ז"ל בעצמו שם קדושין מ"ז בא"ד שכ' וז"ל וכגון בית לדירה מכיון דקרקע עולם היא וחזי לפירות ממש חזי לאקנוי לדירתו עכ"ל וא"כ הא שכ' הרשב"א בתשו' והביא הרמ"א הא ג"כ איירי בבית לדירה וקנה הגוף לדירה ומש"ה יכול לאסור הדירה על חבירו כל זמן השאלה וכן הא דפ' הזורק ג"כ איירי בבית הראוי לדירה — אבל בכלי שאולה נראה דלפי דעת הריטב"א אין השואל יכול לאסרה דהא אין הגוף שלו והנאה הוי דשלב"ל ודבר שאין בו ממש — אלא שהמפורשים לא הזכירו בזה שום חילוק ול"ע:

שוב הזכתי לומר דלפמש"ל כלל ה' שם לתרץ קו' הקצה"ח מהא דמשאיל בטובו וכתבתי שם דלכל סברת הריטב"א לא הוי אלא על דין תורה וקודם שתיקנו חז"ל שיהיו בשותפין אבל אחר שתיקנו שיהיה בשואל ושלא יכול המשאיל לחזור בו מחמת השואל וא"כ ע"כ שעשאוה

השאלות הו"ל כשאלה זו מכירה לגופה לזמן השאלה דאל"ה מאי מהני מכירה זו וא"כ כיון שאמרו דכל שאלה ממכר לזמן ממילא הנה לאסרה יכול השואל שאסר עליו גופה לתמיד דהא הגוף שלו ותו אין לחלק בין מטלטלין לקרקע כן נראה לי:

דין ו.

אי הנגזל יכול לאסור על אחר חפץ שביד הגזלן או לא.

ולענין אי הנגזל מצי לאסור את הגזילה קודם יאוש לכאורה נראה דכמו שאינו יכול להקדישה שאינו ברשותו כן נמי לאסרה בקונם לא יכול על אחר אלא דלפי' הסוברים דקדושת הגוף יכול להקדיש אפי' דשלב"ל וכן כתב הר"ן וכן כ' התוס' קדושין ס"ג וכן כ' הר"ן וא"כ לשיטה זו יכול ג"כ לאסרה בהנאה בקונם על אחר דכמו דמהני קונם לדבר שלא בא לעולם כן נמי מהני לדבר שאינו ברשותו וכן כ' הקצה"ח סי' ק"ז בשם הריב"ש דקרא דוקא כי יקדיש הא מיירי בקדושת דמים ושם נתמעט דבר שאינו ברשותו אבל קדושת הגוף יכול להקדיש אפי' אינו ברשותו וע"ש שמיישב בקבלה זו רש"י בפסחים פ' כל שעה שפי' שם דאפי' לרבא דמכאן ולהבא גובה מ"מ הוי הנהו נכסים ללוה אינו ברשותו משום שיש לו למלוה שיעבוד עליהם ומש"ה כי אקדיש לוה אתא מלוה וטריף משום דלא מהני הקדישו של לוה כלום קודם שפדאם דהוי דבר שאינו ברשותו של לוה ולפ"ז קשה א"כ קדושת הגוף אמאי מפקיע מידי שיעבוד הא לא חל ההקדש מתחילה דהוי אינו ברשותו וכקושי' התוס' גיטין, וע"ז תי' הקצה"ח דרש"י סובר כהריב"ש דקדושת הגוף יכול להקדיש אפי' אינו ברשותו וא"כ לפ"ז כן נמי יכול לאסרה בקונם — אלא דלפ"ז יש לי להקשות ממתני' פ"ז נדרים המדיר את חתנו ורוצה ליתן מעות לבתו אומר לה הרי מעות הללו נתונים לך ובלבד שאין לבעלך רשות בהן וכ' בש"מ ואם כתנה האשה לבעלה מותר בהם ול"ת מאחר שאינה מקיימת התנאי הרי הם של אביו ואמאי יהי' מותר בהם וי"ל דמ"מ אין לאביו עליו אלא כשקורא בתו לדין אז יהי' לה לשלם אמנם השתא הא גוזלת אותם ושולחת בהם יד שלא בליווי אביה והרי הם מעתה שלה ולא של אביה עכ"ל השיטה והנה נראה ברור בכוונתו דמשום דהגזלן קנה את הגזילה עד שאינה ברשותו לאסרם על חתנו וכמ"ש דמשלחה בהם יד הרי מעתה הם שלה ולא של אביה — ולפי דעת הקצה"ח והריב"ש דבקונם יכול לאסור אפי' דבר שאינו ברשותו א"כ כן נמי יכול כל נגזל לאסור על אחר את הגזילה אף שאינה ברשותו להקדישה וכן נמי אם נאסרו נכסי נגזל על אחר הרי הגזילה זו בכלל שהרי נכסיו היא לענין איסור קונם, וע"כ דהש"מ פליג אהך דהריב"ש — ומ"מ נ"ל דאף לדעת הריב"ש אפשר דבקונם אין הנגזל יכול לאסור דאינו דומה אינו ברשותו של נגזל לענין לאסרה בקונם לאינו ברשותו של לוה דאף דהלוה ודאי שיכול לאסרם על אחר בקונם משום שהנכסים עדיין הם ברשותו לפנות מהם אלא שאין הלוה יכול להקדישם כיון שיש למלוה שיעבוד עליהם אבל קונם בהנאה תליא מילתא שכ"ז שהוא נהנה מהם והוי שלו להנאה זו כן יכול לאסור אבל החפץ הנגזל כ"ז שהוא ביד הגזלן הרי כל ההנאה של החפץ של גזלן וא"כ איך יאסור הנגזל הנאה זו על אחר הא ההנאה אינו שלו וקונם אוסר ההנאה אבל להקדישה קדושת הגוף מצי שפיר דהא הגוף שלו רק שאינו ברשותו ולא איכפת לן לענין קדושת הגוף מה שאינו ברשותו אבל לענין קונם הוי ההנאה דבר שאינו שלו אלא של גזלן וגרע טפי כן נראה לי. ועיין במרדכי ס"פ השפיכה בשם ר"ת שאין יכול לאסור משכון שביד חבירו משום שאינו ברשותו להקדישה ע"ש היטב. —

דין ז.

אם גזל מעות אי יכול להקדיש.

איתא בר"מ ז"ל פ"ג משקלים הל' י"א וכן הגוזל או הגונב חצי שקל ושקלו יצא והוא חייב לשלם לבעלים שנים או להוסיף חומש ע"כ ובכ"מ לבעלים שנים כלומר אם לא נתרמה התרומה או להוסיף חומש אם נתרמה כו' — וקשה לי על הדין זה איך יכול הוא להקדיש שקל שגזל הא אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, וזהו סי' אפשר לתרץ ולומר שאין הנותן שקל צריך להקדיש שקלו אלא ליתן לגבאים וכשנתרמה התרומה אז חל ההקדש ע"י התורם והא ראיה דהא תורמין על העתיד לגבות ושהוא ביד השליח נעשה הקדש ע"י התורם. — אלא דלא הועלנו בזה דמ"מ צריך הנותן למסרו לציבור והיינו שהוא יתן שקלו במתנה לציבור, וא"כ איך יתן הגזלן במתנה דבר שאינו שלו הא אין אדם מקנה דבר שאינו שלו — ועיין קצה"ח סי' רל"ה שהקשה אהא דמקבלין מקטן למאן דמוקי לה בקטן ממש שלא הביא שתי שערות דמאי מהני מה שהקטן נותן הא אין הקטן יכול להקנות מה"ת וא"כ אין יכול למסור לציבור ונעשה קרבן קרב משל יחיד וא"כ לפ"ז הא נמי קשה דאיך מקנה הגזלן דבר שאינו שלו לציבור — וא"ל דהתם

גזילה הוי יאוש בעלים זה אינו דהא הר"מ ז"ל בגזלן וגנב כתב והכניסה לא אמרינן סתם הוי יאוש אלא אי סתם גזילה או סתם גניבה ולכן קיי"ל סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים ועיין ש"ך סי' שס"ח סקי"ב, ואי הוי' מוכח מהר"מ דבגזלן ישראל הוי סתמא יאוש בעלים אמאי לא הביאו הש"ך ועוד דמוכח מהא דקדושין כ"ב ע"ב דאמר לית דחש לה דר"ש וכמו שהביא הש"ך שם ע"ש: והי' נראה מזה לחלק בין גזל מעות לגזל חפץ דבגזל מעות קנה לגמרי דהא דלא קנה הגזלן את הגזילה לגמרי ולשלם דמים היינו משום דכתיב והשיב את הגזילה בעינא וע"כ דהתורה כתבה כן לטובת הנגזל שכל אדם רוצה בשלו אבל בגזל פרוטה דאין כאן שום קפידא לנגזל אם יתן לו פרוטה אחרת וא"כ קנה לגמרי אותה פרוטה כן הי' נראה מסברא ולפ"ז לאותן הסוברים שאין הגזלן מקיים מצות עשה של והשיב בתשלומי הדמים אלא בהשבת החפץ דוקא יש לחלק דדוקא בגזל חפץ דבהא מיירי קרא שצריך דוקא להשבה בעינא אבל גזל פרוטה שאין בזו שום חילוק בין פרוטה זו לאחרת הוא מקיים השבה באחרת ג"כ — ובזה הי' ניחא ג"כ מה שהקשיתי לעיל מהא דכ' הש"מ גבי המדיר את חתנו דבעלה מותר במעות שגזלה האשה מאביה והיא תשלם לאביה, וכמ"ש השיטה שהוא קנתה אותם דהם מיירי במעות:

אמנם לפ"ז קשה דאם גזל מעות וקידש בהם את האשה אמאי אינה מקודשת אפי' קודם יאוש הא קנה הגזלן והוא ישלם מעות אחרים ובב"ש סי' כ"ח סק"ז כ' בפשיטות דאפי' בגזל מעות אינה מקודשת ועיין מקנה שם בקי"א דכ' דאף דאין קפידא במעות מ"מ אינה מקודשת ובאמת שכן מוכח מהא דשטף סלע ממנה וכן מהא דשטף זוזי מחבריה דקדושין כ"ב שהבאתי, ונראה דאפשר לחלק ולומר דאף דליכא קפידא וקני הפרוטה ומהני ההקדש מ"מ באשה אינה מקודשת דהא אף דקנה הגזלן מ"מ פרוטה זו משועבדת לנגזל לגבותה אם לא ימצא אחרת וא"כ כל שנתנה לאשה הרי קודם יאוש רצה מזה גובה רצה מזה גובה וא"כ אם ירצה הנגזל ילך ויגבה אותה פרוטה מן האשה ומש"ה אינה מקודשת משא"כ בהקדש דכיון שהגזלן קנה אותה וליכא רק שיעבוד כל שהקדישה הא לדעת הר"מ ז"ל אפי' הקדש דמים מפקיע מידי שיעבוד ואין הגזלן יכול לילך ולגבות מן הקדש ומש"ה מהני ועדיין צריך עיון.

כלל ט.

מודעה ואונס.

דין א.

מכר ע"י אונס.

הרי"ל כר"ה תלוהו וזבין זביני זביני בין באונס הגוף בין באונס ממון הוי אונס ואגב אונסו גמר ומקני ובגמ' ס"פ הכונס פריך אהא דאמר דאי יהיב דמי הוי חמסן מהא דאר"ה תלאו וזבין הוי זביני ומשני הא דאמר רוצה אני הא דל"א רוצה אני וברמ"א לא הביא במכירה שצריך שיאמר רוצה אני ועיין לס"מ פ"ה מאישות ובמשכה"מ תמה על ה"ה שכ' על הר"מ בפ"י ממכי' שכ' בדי"א באונס כשהוא חמסן וכ' הה"מ שהיא מגמ' ס"פ הכונס וזה תימא דאדרבה שם מוכח דהחמסן לא קנה זביני דהא אמר שם דהא דר"ה כשאמר רוצה אני וזה לא הוי חמסן אלא קנה ובל"א רוצה אני הוי חמסן ולא קנה וא"כ הוי הגמ' כנגד הר"מ וע"ש ובאמת זה תימא גדולה. — וכלענ"ד דלכאו' קשה למה לא מתרץ הגמ' דהא דהוי חמסן היינו כשמסר מודעה דאז לא הוי זביני והא דר"ה כשלא מסר מודעה דמהני זביני וזה ל"ע — אשר ע"כ מפרש לה הר"מ לסוגי' זו כמו שמפרש כ' שטת בעירובין למתני' דקתני כופין עד שיאמר רוצה אני ודייק כ"ש שם דל"ל רוצה אני הא הני שכופין עד שיתן א"ו דמיירי שמסר מודעה ומש"ה קתני רוצה אני דהיינו עד שיבטל המודעה וע"ז הדרך אמר כאן הא דלר"ה דהוי זביני היינו כשאמר רוצה אני דהיינו אף שמסר מודעה וכפה אותו עד שביטלה והוי זביני והא דהוי חמסן היינו כשל"א רוצה אני והיינו שהמוכר מסר מודעה ולא ביטלה ולא קני לה והא דלא משני כאן כשמסר מודעה היינו משום דאפי' מסר יש לו תקנה כשיבטלה ומש"ה נקט כשלא ביטלה והגמ' סמך עצמה על סוגי' דעירובין דשם מוכח דכל הא דרוצה אני היינו שיבטל המודעה אבל בלא מסירת מודעה מאי אהני יותר כשיאמר רוצה אני מאם לא יאמר כלום הא אמרי' אגב אונסו גמר ומקני וא"כ אפי' אם יאמר רוצה אני מ"מ הא מתוך אונסו אמר כן וא"כ רק על סברתו גמר ומקני שמכינן וא"כ אפי' אם ל"א רוצה אני כמי גמר ומקני זהו דעת הר"מ לפי דעתי ולכך לא הוצרך רוצה אני במכירה והא דבגט שהוצרך כן עיין לקמן מה שכתבתי לדעתו ז"ל:

והא דהוי זביני דווקא כשלקח מעות דאגב אונסו וזוזי גמר ומקני אבל בתליה ויהיב לא גמר ומקני וכו' הנתיבות דדוקא מעות אבל אם ייחד לו חפץ ואנסו שימכור לו השדה או הפרה בעד החפץ זה הוי כאנסוהו לקנות וכיון שלא קנה הוא את החפץ דאנסוהו לקנות הא לא קנה וא"כ גם האנס לא קנה דבחלופין כשזה לא קנה גם השני לא קנה ע"ש ובמשכנ"ש מסופק בדין זה דף כ"ז ע"ש.— ולענ"ד נראה דדוקא תלוה ויהיב לא גמר ומקני משום שמפסיד אבל כל שלא מפסיד גמר ומקני ומה לי אם נתן לו מעות או חפץ כל שלא הפסיד במכירה זו גמר ומקני ולא דמי לתלוה לקנות דלא קני היינו אם אנסו לקנות וליתן מעותיו דלא עביד איניש ליתן מעות כשלא הולך לקנות אבל אם לא נתן מעות אלא חפץ מהני כנ"ל. — ויש לי ראיה לדבר דאי נימא דוקא במעות א"כ אמאי לא מהני בסכורך דהא דהוי ממשכן היינו שכנסו אותו להחליף וא"כ לא קנה וסא דר"ה בשנתן שלוקח מעות והי' עדיף לתרץ כן דאפי' כשאמר רוצה אני מ"מ הוי ממשכן כשלא נתן מעות מזומנים אף שנתן דמי דהיינו שווי' החפץ אלא ודאי דמ"מ קנה כיון שלא הפסיד כלום. והי' אפשר לומר דסובר הנתיבות דבל לקנות אינו גומר וקונה כמו למכור כ"ל דלא אמרי' סברת גמר והקנה אלא בלמכור דבקל נעשית המכירה כשסילק המוכר רשותו מן החפץ והלוקח עושה קנין וקנה כמו מהפקר משא"כ לקנות שצריך דעת קונה גמור ובאונס ליכא ומש"ה סובר הנתיבות דכל שמחליף ורוצה האנס לקנות ע"י קנין חלופין וא"כ צריך ע"כ שיקנה הנאנס קודם מה שנותן לו האנס ומש"ה לא מהני דהנאנס לא קנה. ומש"ה לא הביא הנתיבות את המשכנ"ש שהוא הניח בצ"ע ונסתפק באם נתן לו אנס בעד הפרעון חפץ ואנס האנס עצמו עשה קנין בשלו ולא סמך עצמו על קנין חלופין אבל לעולם כל שלא עשה קנין ורוצה לקנות ע"י חלופין אינו קונה דלא קנה הנאנס. — אלא דלא נראה כן מלשון בעל העיטור שהוא הממציא דין זה של לקנות דלא קנה וקיים. שם כדאמר מודה שמואל היכא דיהיב זוזי ע"כ ונראה מראיה זו שהביא דסברת בעל העיטור לחלק בין למכור ללקנות לא הוי אלא משום דלמכור הוא מקבל מעות ויותר אמרינן דרוצה אדם לקבל מעות מליתן מעותיו אף שלא הפסיד ואי הוי סברת בעל העיטור לחלק בין עיקר הקנין למכור ולקנות לא הוי מביא ראיה זו מהא דשמואל דמשמע שאם היינו אומר דמהני תלוה ויהיב כמו מהני לא הייני מחלקין בין לקנות ולפי מה שכתבתי בכוונת הנתיבות אפי' אי הוי מהני כמו תלוה ויהיב לא הוי מהני לקנות:

ועפ"ז נתיישב לי מה שהקשו אמאי באנסוהו לקדש הובא בש"ע דעת האומר דמהני לקנות ובחו"מ לא הביא חולק על אנסוהו לקנות ולפמ"ש א"ש דהנה דעת מהר"ם הובא במרדכי פ' הניזקין דבאונס מיתה אפי' תלוה ויהיב מהני ועיין מל"מ פ"ב מגו' דין כ' וא"כ לפי דעת מהר"ם מהני לקנות ולקדש ומעתה לענין איסור שם להביא דעה זו דמהני קדושין לחומרא אבל לענין ממון ונקנית כמו שלא הובא דעת מהר"ם לענין תלוה ויהיב כלל בחו"מ כן נמי לא הביא לענין לקנות דזה תלי' דכמו דלא מהני תלוה ויהיב כלל כן נמי לקנות דהוי כמו ויהיב.— אבל מדברי הס"מ נראה דהר"מ והרשב"א שסוברי' אנסוהו לקדש הוי קדושין הם חולקים על הבעל העיטור גם באנסוהו לקנות דקני וכ' שם הס"מ דאדרבה כש"כ הוא מאם אנסוהו למכור ובמשכנ"ש הניחו בצ"ע דאיך הוא כש"כ הא בלמכור הכל מודים ובלקנות פליגי הפוסקים. — ואפשר דהא שכ' הס"מ דהוי כש"כ היינו בכאן לקנות את האשה שאם ירצה יגרשה מיד בע"כ וזה הוי כש"כ ממכירה דהא לא הפסיד כלום בפרט אם קדשה בשטר או בביאה וכן כ' בפי' דכאן לקנות הוי כש"כ.— והנה לכאו' קשה על הבעל העיטור הא אם אנס הוא את האשה שתתקדש לו וכמוזכר בש"ס הא זה הוי לקנות שאם לא תקנה האשה הפרוטה קודם לא תהי' מקודשת וע"כ צריכה היא לקנות אותה פרוטה שנתן לה וא"כ הא מוכח דאנסו לקנות ג"כ קנה. — ומזה מוכח דלא כהנתיבות דלעיל שכ' דבחלופין כיון שלא קנה הנאנס גם האנס ל"ק אלא דמ"מ הוי למכור ולא לקנות כיון שקיבל מחירו ולא הפסיד וכן באשה ול"ע:

דין ב.

מי שנכנס לגרש ונתנו לו מעות.

הנה בדין זה כבר האריך המהרש"ם ז"ל בכל הצורך והביא כל הספרי הש"כים לזה ובא עלה מכח הך פלוגתא שבין הר"י והאר לאסר אם אנסוהו למכור בפחות משווי' ע"ש ואני לא באתי אלא בשביל דבר שנתחדש לי דבגט לא מהני מעות כלל דנימא אגב אונס וזוזי גמר ומגרש. — ואמינא לה מהא שכ' הר"מ פ"ב מגי' וז"ל ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס כו' שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ לעשות דבר שאינו מחויב כו' כגון שהוכה עד שמכר כו' כבר גירש ליצרו עכ"ל שצריך לכו. — וע"ש בלח"מ במה שהקשה הר"מ עד שמכר — ונלענ"ד דרצה הר"מ לומר לכו דאף דמהני תליה וזבין במכר מ"מ בגט לא מהני משום דבגט וקרבן דבעינן לרצונו רצון גמור בעינן ומכירה שאני דאמרי' אגב אונסו גמר ומקנה ואין זה שרצון רצון גמור דכל שיש כאן אונס וע"י האונס עושה הדבר אין לומר בו שעשה ברצון אלא שמתוך אונסו גומר ומקנה והאונס לא פסק אפי' רגע אחת ממנו ולא נתהפך לו לרצון אלא דאדרבה ע"י אונס הגדול שיש עליו הוא גומר ומקנה ומכוון להקנות כדי שינצל מן האונס אבל אין זה רצון וכל מקום שצריך רצון כמו בקרבן ובגט צריך שיהי' רצון גמור לא שיבחר בעשיה זו מתוך אונסו אלא מתוך רצונו ממש ועפ"ז הוקשה להר"מ איך מהני כפיה זו לגט הא הוי אנוס אף שגומר ומגרש מתוך אונס מ"מ הא לא מהני בגט ומתרץ דבגט שכופין כדין הוי רצון גמור כאשר לא הי' כאן שום כפיה כפי מה שהוסבר הר"מ ז"ל ואין לדמות גט וקרבן למכירה דבמכי' לא בעינן רצון גמור והא ראיה דלפי הש"א הי' נראה לומר הטעם בדר"ס דאף שלא גמר ומקנה נמי מהני וכדפי' הרשב"ם שם והיינו דלא מצינו בתורה שהוצרכה במכירה רצונו כלל אלא אם מכר ועשה קנין הראוי קנה, וא"כ אף דאח"כ נפל מסברא זו ומסיק הטעם משום אגב אונסו גמר ומקנה מהני נמי אף דמ"מ אין כאן רצון בהיריי ולא מיקרי רצון ממש אבל בקרבן וגט דכתיב רצון בקרא צריך שיהי' רצון גמור לא ע"י אונס כלל. — ויל"א לו להר"מ כן מסוגי' דפ' חזקת דאמר שם אלא מהא דתנן יקריב ותקשו שם בתוס' דא"כ אפי' תלי' ויהיב נמי ותי' הר"י דגט הוי כמכר דפטור משאר נשות וכן סובר הר"מ ואמנם הקשה הר"י דא"כ גט מעושה שלא כדין נמי יהי' גט לר"ה דכיון דהוי כמכר נימא תלי' וזבין הוי זביני ומכח קו' זו בטל הר"י שם מסברתו אבל להר"מ לא קשה ולא מידי דלפי המסקנה דבגט הטעם משום תלוה לשמוע תו לא עדמינן להו אהדדי מכר וגט כלל דבמכר מהני הטעם של אגב אונסו גמר ומקנה שהוא רק סברא והיינו משום דלא בעינן רצון גמור אבל בגט לא מהני סברא זו כלל דבעינן רצון שלא יהי' מתוך אונס כלל וכן בקרבן ומש"ה בשלא כדין אף דגט הוי כמכר מ"מ לא מהני, רק כדין או אפי' טעו הב"ד וכפו אותו שלא כדין מ"מ הוי גט מה"ת מהאי טעמא גופא דכל שהמגרש סובר שהיא מצוה גומר ומגרש ברצון ממש ואין כאן אונס כלל אחר שחשב ילכו ומיושב בזה קו' התוס' שם שהקשו דל"ל קרא דיקריב אותו הא סברא אגב אנסו ולק"מ דאדרבה אתי קרא לומר דכאן לא מהני אגב אונסו גמר ומקנה אלא צריך רצון גמור ושזהו הוי רצון גמור להכא אתא קרא והנ"מ לענין אם מסר מודעה כמו שאכתוב לקמן אי"ה — וכן בגט, ונמצא לפ"ז שאם כפו אותו שלא כדין ונתנו לו מעות והוא כשאר באונסו ובכפיה לא אמרינן בגט אגב אונס וזוזי גמר ומגרש דלא מהני בגט אלא רצון בלא אונס לדעת הר"מ ז"ל והדברים ברורים. אף שלא הוזכרה באחרונים סברא זו — ועפ"ז נתיישב לי מה דלא הוזכר הר"מ שצריך לומר רוצה אני אלא בגט וקרבן ולא במכירה וכ"ל דנוסים דבגט וקרבן בעינן רצון ממש שלא מתוך אונס ומש"ה כופין אותו עד שיאמר רוצה אני מתוך הכפיה דאז נסתלק האונס לגמרי ונעשה רצון גמור אבל במכירה אינו צריך כלל דאפי' רצון מתוך אונס מהני ושני כשכופה אותו ליתן וסוגי' דב"ה כבר ישבתי לעיל דל"ק על הר"מ ע"ש והא דרי ששת שילמד הסא דרוצה אני דמהני בגט שצריך לבטל המודעה וקשה הא צריך שיאמר רוצה אני עיין לקמן מה שאכתוב אי"ה בדין מודעה:

דין ג.

הוחזק גזלן על שדה זו.

הר"מ ז"ל פסק בהוחזק גזלן על שדה זו אין לו ראיה ואפי' בשטר לא מהני ראי' וא"ל מסירת מודעה ולא הוי זביניו זביני והנה פסק בזה כר' ביבי ועיין נושאי כליו ואני כתבתי זה שנים רבות ביאור דבריו מה שכ"ל ואחר כך בא לידי תשו' מהרי"ע ומצאתי שכוונתי לדבריו אות באות ממש והוא בחלק ב' תשו' מ"ג דל"ע ע"ש והתמציה שדינו של הר"מ הוא ג"כ שיטת הרמב"ן וכן הבעהמא"ו מחלק כן דכל שהאונס גדול יותר מההפסד של אותו קרקע או החפץ שאונסין אותו בהונס מיתה או אפי' בהונס ממון רק שהוא גדול יותר מזו שמכר אז אמרינן אגב אנסו גמר ומקנה שהרי הוא מרוויח במה שנתן הקרקע שמצילו מן הפסד גדול וגם קיבל מעות וא"כ המעות הם ריוח וגמר ומקני משא"כ היכא שאין אנסו גדול דהיינו שאין האונס אלא בזו הקרקע שאם לא ימכור לו יפסיד אותה בזה לא גמר ומקני דמה מרויח וכן פי' הרמב"ן במעשה דפרדיסא דמש"ה לא צריך שם שום מודעה ובאונס לחוד מהני כשידענו מאונסיה אף שלא מסר כלום וכן מחלק הבעל המאור לפי שיטתו שם שהוא פוסק דלא מהני מסירת מודעה רק בפרדיסא ומהאי טעמא גופה. — והא דאמר ר"ה ל"ל דר' ביבי הי"ט משום דר' ביבי קאי אמתני' ומיירי בתרי גוונא גזלן שהורגין נפשות על עסקי ממון ועי"ז ודאי הר"ה פליג אבל הר"מ לא הביא לענין ראיה רק בהוחזק גזלן אף שלענין חזקה הביא התרי מיני גזלן וזה תי' נכון מאוד. — אמנם מה דקשה לי על שיטה זו היא מאי פריך בש"ס הכותב על הממשכן מהא דר"ה דילמא ממשכן דיהיב דמי מיירי שלא כפוהו באונס והפסד יותר מזו השדה שאם לא ימכור לו יקחנה בחנם ומש"ה לא הוי

זביני

זביני והוא המכר משא"כ ר"ה הא אמר תלי' וזבין וזה לע"ג. — אך נראה דיותר קשה לכל השיטות דהא ודאי כ"ע מודי שמי שנטל מחבירו חפץ בע"כ ונתן לו את הדמים דלא קנה כיון שלא כפוהו כלל עד שיתרצה וא"כ מאי פריך דילמא בכה"ג מיירי. — וע"כ נראה דזהו הפי' במה שתי' הגמ' הא דאמר רוצה אני הא דלא"א וכ"ל דר"ש מיירי שכפוהו עד שעכ"פ מתוך אנסו נתרצה ולאו דוקא שאמר רוצה אני אלא אורחי' דמילתא נקיט דמסתמא זה שכפה אותו כפה אותו עד שנתרצה למכרה לו ומן הסתם אמר אני רוצה למכור הניחנו, והאי חמסן מיירי שלא כפה אותו כלל או שלא כפה אותו באופן שיפיי' מרוצה אלא שאם לא ימכר יקחנה בחנם וכאן ליכא כפייה עד שנתרצה והגמ' נקיט רוצה אני ולא רוצה אני לסימן שאם אמר רוצה אני ודאי יש כאן כפייה ופחד יותר מהפסד הקרקע זו דאל"כ למה לו לומר רוצה אני יתנהו לו אלא ודאי שהוא ירא מאונס הגדול מהפסד הקרקע ולכך צווח רוצה אני אבל באמת כוונת הגמ' על האונס שאם האונס הוא גדול עד דאמרינן שהוא רוצה קנה וחמסן היינו שאינו מפחידו באונס אחר, וזהו שלא הביא הר"מ שצריך שיאמר רוצה אני במכירה כן נראה לי. — ומצאתי בספר המקנה על א"ע שהקשה על שיטה זו מהא דאמרי' בקדושין שהיא אתת דזבנה וורשכי וחטיף חד ואמר אי מיקדשת לי אהדר לך ומבואר שם בש"ע ובפוסקים שאם אמרה הן מקודשת וקשה הא הוי אונס מהאי חפץ גופא דהוי אונס גמור ול"א אגב אונסה גמרה ומקנה וא"כ הא מה"ת לא הוי קדושין כלל וע"ש שהניח בצ"ע על שלא הרגישו בזה האחרונים. — ולענ"ד נק"מ ולא דמי כלל לענין זה דכאן שהאנס רוצה ליקח החפץ בחנם אם לא יקח דמיו וימכור לו א"כ מה יעשה המוכר הזה טוב לו ליקח דמיו מלהפסידו בחנם אבל לא גמר ומקנה כיון שאינו מרוצה כלום אבל שם וודאי שרצתה להתקדש לו דאל"כ למה אמרה הן ולמה רצתה ואי שלא תפסיד הוורשכא הא גם עתה הפסידה מעות קדושיה שהרי היא מתקדשת לו בשלה אלא ודאי דמאהבה לו ורצתה להתקדש לו והרי זה דומה למי שחטף ממון של חבירו ואמר אם תמכור לי חפץ זה בעד המעות הללו שלקחתי ממך אחזירם לך וזה רצה ומכר הכי כיון דהוי אנוס על המכירה כדי שלא יפסיד המעות הא סוף סוף הפסיד וא"כ מה אונס הוי על המכירה אין זה אלא אונס דכספים שצריך למעות משום שהאנס לקחם ואונס דכספים לא הוי אונס גבי זביני דלא למכור ולא יהי' לו מעות כיון שאינו מציל מעותיו ע"י מכירה זו אבל כאן הוי אונס מאחריני שהוא אנוס מהאנס להציל מעותיו וזה פשוט וברור עד שצריכים לי עיון דברי המקנה ז"ל:

דין ד.

אם מסר מודעה.

הנה דעת בעל המאור ז"ל דלא מהני מודעה אזביני כלל כרבא וכן קיי"ל לבר מכגון פרדיסא, ויש ראיה לדבריו מסוגי' עלמא דלפי' הרשב"ם דהא דפריך מרבא כן פריך דאי בשדה סתם לא מהני מודעה ובשדה זו ל"ל מודעה. — והנה על הא דשדה סתם הקשה במהרש"א מנ"ל דבשדה סתם לא מהני מודעה הא כמו לר"ה דסובר בכ"מ זביני זביני ומ"מ מהני מודעה וא"כ דילמא רבא סובר ג"כ בשדה סתם כן — ואמנם זו לק"מ דמדמחלק רבא בין זו לשדה ע"כ ה"ט דשדה סתם כיון שהוא עצמו ביקר השדה אמרינן דהו ליכא אונס וא"כ אפי' מסר מודעה לא מהני דהא הוא אמר בכל מה שיעשה אח"כ באונס לא יהי' אבל אם אח"כ עשה ברצון לא מהני מודעה זו וכן מפורש ברשב"ם, אבל מה דקשה על פי' הרשב"ם היא משדה זו דכיון דל"ל מודעה א"כ בפרדיסא הא הוי כמו שדה זו ול"ל מודעה וכן הקשה הרמב"ן, ואמנם נראה דמש"ה הביא הרשב"ם בהך דפרדיסא פר"ח והיינו שלא שמעו העדים אלא מה שאמר המחזיק ממך לקחתיה קודם ג"ש ואח"כ הלכו לשם העדים וא"כ בלא מודעה ליכא אונס ברור דשמא נתרצה אח"כ למכור אבל על ידי המודעה איכא אונס וניכר אח"כ אונסו דכיון ששמעו העדים וממך לקחתיה יכולו לכתוב לו ידענו מאנסו ואי שמא מכר ברצון אח"כ ה"א דא"כ למה מסר מודעה וא"כ המודעה היא דמהני לו לאונסו משא"כ בתלוהו וזבין שדה זו שראו העדים כל האונס ל"ל מסירת מודעה. — אבל הרמב"ן וכן הבעל המאור סברי דמסקנת בפרדיסא כמ"ש הנמק"י שהעמידו עדים אחורי גדר ושמעו כל האונס וא"כ ל"ל מודעה ועיין שם בר"ף בחדושי אנשי שם שכן כתב — ומש"ה פי' שבעל המאור דקו' הגמ' היתה אפי' בשדה זו דלא מהני מודעה דזביני זביני לפי המסקנא. — והרמב"ן הקשה עליו מאי פריך מרבא דילמא רבא בהא סובר כר"ה דאף דהוי זביני מ"מ מהני מסירת מודעה, ועוד דאי כיון דקאמר דרבא שאמר זביני זביני משמע אף כשמסר מודעה א"כ אמאי לא פריך בגמ' על ר"ה דאמר זביני זביני ומ"מ אמר דמהני מודעה והיה לו לפריך הא אר"ה לא כתבינן מודעה כמו דפריך כאן מרבא מנא זה הלשון שאר"ה ולמה אמר ר"ה לטעמיה הא אדרבה קושי' הוי מהא דאמר תלוהו וזבין כו' עוד קשה דא"כ בגט מעושה כדין דהא יותר מתלוהו וזבין דאיכא נמי הכרא דמלוה לשמוע ד"ח ומ"מ מהני מסירת מודעה ואמאי, ועוד דכן בדין דמהני מודעה שהרי גילה לנו דעתו שאינו גומר ומקנה ע"ש. — ולענ"ד ליישב כל אילו הקו' בסברא אחת שסובר הבעל המאור ואומר אני דהבעל המאור הולך לשיטתו שפי' שם דרבה ור"י חולקים אהא דנהרדעי ומש"ה לא כתבינן מודעה לדדהו אלא אמאן דלא ציית דינא ואביי ורבא סוברים כנהרדעי דכל מודעה דלא כתיב בה אנן ידעינן מאונסיה לאו מודעה היא. — ולפ"ז ל"ק מה שהקשה עליו הרמב"ן מן הסברא דאדרבה הבעל המאור סובר הסברא להיפוך דכיון דע"כ צריכין העדים לידע מן האונס מתחלה ועד סוף וא"כ כיון דהסברא דאגב אונסו גמר ומקנה ברצון; וא"כ איך יעידו העדים על אונסו אף שמסר מודעה וגילה דעתו שהוא אינו רוצה להקנות הא מ"מ אפשר דלבסוף גמר והקנה מתוך אונסו דאנן סהדי כן וא"כ מי יאמר לנו שלא גמר הוא עצמו הא הוא אינו נאמן על כך וכמו שצריכין העדים לידע מאונסו כן צריכין נמי לידע שלא גמר והקנה והוא אינו נאמן על כך ובהכי ניחא הא דמקשה הרמב"ן קודם לכן על פי' הבעל המאור דאמאי שמחין בפירכא זו עד מימרא דנהרדעי ולמה לא פריך מיד על הא דאמר אביי ורבא כתבינן מודעה עלי ועליך שרבא סובר ה"ע דהוא אמר לא כתבינן מודעה אזביני ולפמ"ש ניחא שפיר דקודם שידע מנהרדעי לק"מ על רבא דהא הוא ל"א אלא תלוהו וזבין הוי זביני וה"א דמודה ע"י מודעה כר"ה דלא הוי זביני אבל אחר שאמרו נהרדעי דלא הוי מודעה עד דידעו עדים מאונסו מתחלה ועד סוף ורבא נמי הכי ס"ל לפי' הבעל המאור והשתא פריך שפיר, ור"ה דסובר מהני מודעה הוא פליג אנהרדעי וסובר כרבה ור"י ובמכירה נמי הני לדדהו בגילה דעתו שהוא אנוס ולכך מהני מסירת מודעה קודם דהוא גילה דעתו שאינו רוצה להקנות ע"י אונס זה ומש"ה לא פריך על ר"ה לקמן דסובר דמסירת מודעה מהני לבטל על הא דאמר תלוה וזבין הוי זביני דלר"ה ליכא למפרך דהוא חולק על נהרדעי רק על רבא לשיטתו פריך דסובר כנהרדעי ולא מהני מודעה מה שהוא מגלה דעתו קודם דאמרינן אגב אונסו גמר ומקנה ואפי' לא הוי ודאי מ"מ אין העדים יכולין להעיד על הסיפוק שלא גמר ומקנה כיון דלפי הסברא גמר ולכן לא מהני אלא בפרדיסא דל"א בכה"ג גמר ומקנה משום דלא אנסו האנס על הפסד גדול מזו השדה וכן מה שהקשה הרמב"ן מגט מעושה לק"מ דבגט ומתנה הא הוי בגלוי דעתו שהוא אנוס וא"כ אי מסר מודעה קודם לכן שאינו גומר ומגרש אף ע"פ המלוה לשמוע מהני מודעתו כמו בכל גט דמהני אם מסר מודעה אף דלא ידעו העדים באנסו משא"כ במכירה ונתיישבו דברי הבעל המאור ז"ל על נכון מאוד ועיין לקמן על הר"מ מ"ש שם:

דין ה.

מסירת מודעה על גט מעושה כדין.

גרסי' בערכין א"ר ששת האי מאן דמסר מודעה אגיטא מודעה פשיטא לא צריכא דעשאוהו ואיכלה מ"ד בשולי בעיא קמ"ל דא"כ ליתני עד שיתן מה עד שיאמר עד דמבטל עכ"ל הגמ' והנה סוגי' זו קשה מאוד דמלשון של ר"ש משמע דמיירי במסר מודעה על גט שאינו מעושה ואין בו אונס כלל דהא נקט סתם על גיטא ואם כן קשה היכי מוכח מותני' דמיירי בשכפו דכופין והוי אנוס ודילמא דוקא בגט מעושה דאיכא אונס אלא דאנן אמרי' דגמר ומגרש משום מלוה לשמוע ד"ח אבל אי מסר מודעה גלי אדעתו דאינו גומר ולכך קתני עד שיאמר דהיינו שיבטל אבל בגט שאינו באונס כלל מנ"ל דמהני מודעה עד שצריך לבטלה ואי דר"ש מסברא אמר כן כדאמרי' כאן גיטא ומתנה בגלוי מילתא בעלמא ואין צריכין לידע אונסו ומהני א"כ למה לו להוכיח כן ממתני' שאינו מוכח, ועוד קשה מאוד היכא מוכח מהא דקתני עד שיאמר רוצה אני הא צריך לומר כן אפי' בלא מודעה כדאמרי' ריש פ' הכונס בהא דר"ש וכן הקשה הלח"מ ובמשנה"מ ולא הענו דבר ברור עוד קשה במשנה"מ מנ"ל שצריך לבטל המודעה בפירוש דילמא כל רוצה אני הוי ביטול וע"ש. — והנלענ"ד שמכאן הוציא הר"מ ז"ל דין שלו דהאומר על גט שיתן אפי' בלא אונס כלל גט זה שאכתוב יהי' בטיל הרי הוא בטיל אפי' כתבו אח"כ וכ"ש שזהו מסירת מודעה על הגט ורצונו לומר בזה לפרש מימרא דר"ש שזהו שאמר ר"ש האי מאן דמסר מודעה אגיטא צריך לבטלה על מודעה זו נתכוון דהיינו שלא מסר מודעה על אונס ולא אמר לעדים כלל שמשום שאונסין אותו הוא מוסר מודעה אלא מסר מודעה סתם ואפי' בלא אונס כלל מהני המודעה והגט בטיל אם לא ביטל המודעה קודם כתיבה — ובהכי יבואר סוגי' זו על נכון, דהנה כבר כתבתי אני ומצאתיה אח"כ בשם הרא"ש דמי שמסר מודעה על גט מעושה כדין ותלה מודעתו באונס זה שכופין אותו מודעה זו לאו כלום וא"ל משום ביטול לדעת הר"מ ז"ל שכ' בפ"ב מגי' דכל שכופין אותו כדין הוי רצון גמור וכמ"ש לעיל דשאני גט זה מתלוהו וזבין דבמכר לא נעשה רצון גמור ואדרבה כשאר אונס אלא דאמרי' אגב אונסו גמר ומקנה ולהכי שפיר מהני בו מודעה שמסר שאינו גומר ומקנה מתוך אונס וכיון שעכ"פ האונס כשאר אף אחר הכפי' א"כ המודעה טובה וידענו מאנסו אבל גט מעושה כדין שנתספק

לרצון גמור תו ליכא אונס ונתבטלה המודעה ממילא דהא הוא תלה באונס משום שאז כשמקרה לא תשם ילכו הרע אבל אח"כ ע"י הכפי' תשם ילכו ונעשה רצון וע"ז לא מסר מודעה וקושר הר"ת דע"כ הא דאמר ר"ש האי מאן דמסר מודעה אגיטא מהני מיירי שלא תלה מודעתו באונס כלל אלא שביטל הגט שיעשה אפי' מתוך רצון ומש"ה מהני וא"כ מהני כן בכל גט ולא קאי ר"ש רק אמתני' דכופין אותו אלא כמו שאמר מסר מודעה אגיטא דמשמע בכל גט אלא דממילא שאם מסר מודעה כזו גם על גט מעושה מהני מודעה זו דהא לא תלה לה באונס כלל — ולמד כן ממתני' דהי' קשה לו לי"ל שיאמר רוצה אני הא אפי' אם יכופו אותו רק על שיתן מ"מ ודאי ברצון גמור נותן כדי לקיים מצות חכמים אלא ודאי מש"ה צריך דוקא שיאמר בפי' רוצה אני משום דבכה"ג מהני אפי' מסר מודעה על האונס והכפי' זו שאם מסר מודעה ודאי משום האונס מסר דלא חיישינן שמא מסר ולא תלה באונסו זה דלמה ימסור מודעה בלא אונס אלא דחיישי' שמא מסר מודעה על האונס ומש"ה אם לא הי' אומר בפירוש רוצה אני אף שהוא על האונס מסר ועתה נעשה רצון גמור ע"י כפייה זו משום מצוה לשמוע ונתבטלה המודעה ממילא מ"מ לא ביטלה הוא בפירוש בפה ומש"ה צריך שיאמר רוצה אני וזהו שביטל בפירוש למודעה כשתלה באונסו דאמר בשעת מסירת מודעה כל מה שאעשה מתוך אונסו יהי' בטל ועתה הוא אומר בפירוש שאני עושה גט זה ברצון ולא באונס וביטל בפירוש המודעה וממילא מוכח מכאן שאם מסר מודעה אף על הרצון דהיינו שלא תלה מודעתו באונס כלל שאז לא הוי אמירתו רוצה אני ביטול מודעה זו שצריך לבטלה בפירוש ולומר שהיא בטילה — ומעתה לק"מ מכל מה שהקשיתי לעיל דר"ש לוער כמו דבמתני' קתני רוצה אני וע"כ שהלה שתלה בזה שיאמר כן שיועיל אפי' אם מסר מודעה על האונס דבמה שאומר רוצה אני הוא מבטל בפירוש למודעה של אונס וא"כ מוכח שצריך ביטול מודעה בפירוש דאל"ה נ"ל רוצה אני הא אפי' מסר מודעה על אונס לא מהני אחר הכפייה בגט כדין דהא נעשה רצון גמור א"ו שצריך ביטול בפירוש וא"כ מוכח שאם מסר מודעה אף על רצון דלא סגי באמירת רוצה אני אלא צריך ביטול בפירוש ולקח לו הר"ת דין זה של מודעה על ביטול הגט ברצון מכאן דמהני וע"ז פריך בגמ' פשיטא ומשני ס"ל דעשאוה והלכה מ"ד שא' הלכה וס"ל תו ביטול בפי' קמ"ל שצריך ביטול. וזהו שלא הביא הר"ת בקרבן ובגט מעושה דין זה של מסירת מודעה כלל דשם אם מסר מודעה דהיינו מתוך האונס ממילא בטילה כשאמר רוצה אני ולא הביא כן אלא בפ"ו דהיינו מודעה שהיא על כל גט ואפי' ברצון לא צריכים ביטול בפי' וכ"ז נראה לי ברור ונכון וכן במסירת מודעה על מכר מהני אף דאגב אונסו גמר ומקנה מ"מ הא כשאר האונס אלא דאגב אונסו מקנה וכשמסר מודעה גלי דעתו שאינו רוצה להקנות ומהני משא"כ בגט כדין ליכא שום אונס כלל אלא רצון גמור לגמרי. ולפ"ז הא דקתני במתני' וכן כי הר"ת שצריך שיכפוהו עד שיאמר רוצה אני ה"ט משום דחיישינן ליה שמא מסר מודעה שמה שיעשה מתוך אונס כפייה זו יבוטל וע"ז תקנו שיאמר רוצה אני דאז המודעה ממילא בטילה דתו ליכא אונס ובאמירתו רוצה אני ביטל המודעה בפירוש ואי שמא מסר מודעה אף אל הרצון ע"ז לא חיישי' עד שידע שמסר כן ואז צריך לבטלה בפירוש וממילא דבזביני נ"ל רוצה אני דממכ"פ אי מסר מודעה א"כ לא מהני שם רוצה אני דבדבר הרשות לא נעשה רצון גמור אלא אגב אונסו גמר וא"כ צריך ביטול מודעה בפירוש ואי לא מסר מודעה הא אגב אונסו גמר ומקנה ואפי' לא אמר רוצה אני ומש"ה לא הביא הר"ת במכר רוצה אני. —

ובמהרח"ש תמה על הרשב"ש שסובר דלא מהני ביטול לגט אלא ע"י אונס וא"כ איך יפרנס הא דר"ש ממכ"פ אי כפייה זו הוי באונס א"כ לא מהני אפי' לא מסר מודעה גט זה דהיה ידעינן באונסו ואי נעשה רצון א"כ מה מהני מודעה הא מודעה בלא אונס לא מהני כלום לרשב"ש וע"ש שהרכיב שי' רשב"ש עם הר"ת — ולענ"ד לא צריך לזה דכל מה שכתבנו הוא לדעת הר"ת שמחלק בפי' בין אגב אונס גמר ומקנה של דבר הרשות לרצון של דבר מצוה אבל הרשב"ש הוא סובר כתוס' שאין לחלק ביניהם כלל אלא אגב אונס גמר ומגרש מהני בגט כמו דמהני בזביני ועיין לעיל דין ב' מ"ש שם שכן מוכח מקו' התוס' דאינו סוברים סברת הר"ת וא"כ לרשב"ש מהני מודעה על גט מעושה כדין כמו דמהני במכר דבלא מודעה אמרי' דגמר ומגרש אבל ע"י מודעה גלי דעתו דאינו גומר ומגרש וצריך לבטלה וזהו פי' הגמ' לשיטתו נ"ל דעשוי והלכה וס"א דכל שהלכה שמודעה ממילא בטילה דתו ליכא אונס כלל אלא רצון גמור והמודעה ממילא בטילה קמ"ל דלא אלא צריכא ביטול דלא הוי רצון זה יותר ממכר וא"כ צריכא ביטול למודעה — ונ"ל לדבר דהרשב"ש אינו מחלק בין רצון גט לרצון דמכר דהא הצריך במכר ג"כ שיאמר רוצה אני כמו בגט ולהר"ת לא צריך וכמ"ש לעיל דין ב' ע"ש והנה לעיל כתבתי דלהר"ת מש"ה צריך רוצה אני בגט וקרבן משום שצריך רצון גמור וכאן כתבתי משום דילמא מסר מודעה ואין זה סתירה דלא ודא אחת דמשום שצריך רצון גמור ומש"ה כשיאמר רוצה אני הוא מבטל המודעה ג"כ שמסר על אונס בפירוש ומש"ה תקינו כן דבלא אמירה זו כמי רצון גמור הוי אלא הי' רצון בלב ובאמירה הי' דבריו ומהני נגד מודעה ודו"ק :

ואמנם הא ודאי קשה לשי' הרשב"ש מנ"ל לר"ש שמודעה צריכא ביטול מהא דאמר רוצה אני דהא הוא סובר דבמכר ג"כ ואפי' לא מסר מודעה צריך דוקא רוצה אני וכן הקשה מהרח"ש וע"ש. — ולענ"ד לפי מוסר הענין לתרץ קו' זו כפי מה שכתבתי לפרש לפי' הרשב"ש בהא דאמר לא צריכא דעשוי והלכה מ"ד בטולי בטלים קמ"ל ודבר זה ודאי צריך ביאור דאיך נוכל לטעות ולומר דמשום שכפוהו והלכה שזה הוי ביטול הא לא ביטלה ברצון זה עדיין וא"כ כשפריך פשיטא ע"כ שהי' פשוט לו דמסירת מודעה צריכא ביטול ומה מתרץ דה"א שיהי' גט בלא ביטול הא לא גרע גם ממכירה באונס שאם מסר מודעה שצריכא ביטול, וכתבתי לעיל דה"פ דהי' ס"ד דבגט שכפו אותו כדין לא צריכא ביטול אלא כשכפוהו עד שנתרצה זהו ביטולו דה"א שנעשה רצון גמור ונסתלק האונס והוי מודעה בלא אונס והוא הא תלה מודעתו באונס וכיון שנעשה ברצון גמור בטילה המודעה ממילא ונ"ל ביטול מודעה אלא במכר וכמו שסובר הר"ת לפמ"ש לעיל קמ"ל דלא עדיף ממכר ודייק כן מדקתני עד שיאמר ואי הי' בגט כדין יותר רצון ממכר א"כ למה צריך שיאמר רוצה אני הא סגי עד שיתן דבשלמא במכר צריך רוצה אני משום דליכא רצון כ"כ אלא אגב אונסו גמר וצריך רוצה אני כדי שנאמר גמר ומקני אבל כאן מסתמא ילכו וכתן הא איכא רצון גמור א"ו מדאמר עד שיאמר ה"ז דומה למכר וממילא לא סגי עד שיבטל מודעה כמו במכר וזהו אף שלשון הגמ' אינו מדויק כ"כ מ"מ נראה הי' נכון ומיושבים כמה קושי' בסוגי' זו ועיין עוד לקמן דין ז' מ"ש על הרשב"ש:

דין ו.

ביטול המודעה.

גם בדין זה שהאריך המהרח"ש כל הצורך ולא באתי אלא במה שנתחדש לי, הנה הרב האי גאון סובר דכשמסר מודעה לא מהני אח"כ שום בטול מתוך אונס ולא מהני אלא אם ידעו העדים שנסתלק אונסו לגמרי ונ"ל לפ"ז דהא דמהני בגט כדין ביטול מודעה הייני טעמא משום דשם אחרהכפייה נסתלק אונסו הוי וכמ"ש לעיל בדעת הר"ת. ובדעת הר"ש שכ' בשלי מכירה שאם העידו עידי מכר לבטל המודעה הרי המודעה בטילה ואם אמר לעידי המודעי כו' כל קנין שאני לוקח לבטל המודעי כו' המכר בטל ואעפ"י שקנו מידו לבטל המודעה כו' עכ"ל ונחלקו בכוונתו והמחוור דהר"ש סובר דמהני בטול מודעה אפי' מתוך אונס אבל אם מסר מודעה אף על הבטול תו לא מהני הבטול מתוך אונסו ובזה מודה הר"ש לרב האי שאם כלל במודעה גם הבטול דתו לא מהני הבטול אבל אם לא מסר מודעה על הבטול מהני הבטול דהא הבטול הוי שהתא כמו המכר שלא מסר מודעה דאמרי' אגב אונסו גמר ומקני וא"כ גם על הבטול הא לא מסר מודעה עליו ומהני. ובאמת שי' רב האי צריכא ביאור שהוא סובר דאפי' לא מסר מודעה על הבטול מכיון שמסר מודעה על המכר תו לא מהני בטול ואי טעמו בזה. — ונראה לייחב במה שהי' קשיא מקו' על הא דאמר מודעה ניתן לכתוב שהקשו התוס' הא הוי מפי כתבם ותירץ בשמ"ק דהודעה דמי לשטר מכר שנעשה המעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר והוי שטר המקנה. — ולפ"ז מי שמסר מודעה על המכר מתוך אונס הוי כעושה מעשה קנין נגד מכירה זו ותו אינו יכול לבטלה ע"י דבור בשום אופן ולא מהני המכר אח"כ אלא כשנתברר דנסתלק אונסו ונעשה מכירה ברצון גמור דאז מהני משום שעל הרצון לא מסר מודעה אבל ביטול מתוך אונס לא מהני דאף שגמר ומבטל מ"מ לא מהני לבטל מעשה המודעה ובזה נוכל לייחב שי' הרמ"ה דלא מהני רק אם הודה על עצמו שלא מסר מודעה ותמה הב"י והמהרח"ש דהא גם הודאה זו באונס היתה וכשם דלא מהני בטול גם הודאה לא תהני אך לפמ"ש א"ש מאוד דודאי אכן אמרינן גמר ומבטל מתוך אונס וגמר והודה אלא שהבטול לא מהני אפי' גמר נגד המודעה אבל אם הודה שלא מסר ונאמן על עצמו דהא גמר והודה וא"כ תו ליכא שום מודעה בעולם ומהני המכר אבל כל דאיתא למודעה והוא מרוצה לבטלה ולא לעקרה מעיקרא זה הבטול לא מהני ודוק כי זה ברור. — ולפ"ז אפי' אם מסר מודעה גם על מה שיודה אח"כ ואמר שלא להוי הודאה מ"מ מהני מה שמודה אח"כ דאכן אמרינן גמר והודה ועקרה למודעה מעיקרא כמו שלא הי' מוסר מעולם וכן נראה מלשון הרמ"ה שאינו מחלק כלום בין מסר מודעה על הודאה זו לבין לא מסר. — ועיין לקמן לדעת הרשב"א :

ודעת הרא"ש דאפי' אמר במודעה כל מה שאבטל לא יהי' בטולו בטול אינו מועיל דלבסוף כשכפו אותו לבטל נתבטל הכל דאגב אונסו גמר ומבטל ובמהרי"ט ח"ב דף ק' תמה על זה דאין לדמות תלוה וזבין ולא מסר מודעה דאמרינן שפיר אגב אונסו גמר ומקנה אבל כשמסר מודעה הא גלי דעתיה מעיקרא שאינו רוצה להקנות ואיך נימא שהוא גמר ומקנה וע"ש מה שהאריך בדעת הרא"ש סברא אחרת בהא דתלוהו וזבין גמר ומקנה ע"ש ולענ"ד נראה לתרץ קו' זו על הרא"ש

דהנה

דהנה הך קבלה דתלוה וזבין גמר ומקנה אף שהיא קבלה מ"מ מנא ידעינן שזה גמר ומקנה בבירור והוציא ממנו את השדה בקבלה זו דילמא הוא לא גמר ולא הקנה. וע"כ צריכין אנו לפרש קבלה זו כשנאמר דכל דברים שבלב לא הוי דברים אלא באונסא דמוכח כדאמרי' בנדרים גם נודרין להרגין ומעתה כן היא הקבלה דאף דאפשר שהמוכר הזה לא גמר בלבו להקנות מ"מ כיון דאיכא קבלה עכ"פ שגמר ומקנה תו ליכא אומדנא דמוכח לאיפוך דלא גמר והדרינן לכללא דדברים שבלב אינן דברים והא היכא שלא מסר מודעה אבל כשמסר מודעה מהני המודעה דתו לא הוי דברים שבלב אלא דברים גלוים וכן כ' הרשב"א קדושין דף מ"ט ע"ב דמש"ה מהני מודעה — והשתא אם אח"כ ביטל את המודעה א"כ תו לא הוי דברים גלוים ולא נשאר אלא דברים שבלב ולא הוי דברים ומש"ה אם מסר מודעה על המכר בטיל משום דאמרי' שלא גמר ומקנה והוי דברים גלוים שהרי מסר מודעה ואם ביטל המודעה בשעת המכר א"כ ביטל דברים הגלוים אלא דלא ידענו שלא בטלם בלב ורצון גמור אלא מתוך אונס ואם כן עכ"פ אם ברצון שלא בטלה המודעה אלא דלא ידענו וכיון דליכא אומדנא דמוכח ע"ז הוי דברים שבלב דהא מצד הקבלה גמר ומבטל וכן אם מסר מודעה על הביטול אם לא ביטל אותה המודעה שהנית לא מהני קבלת גמר ומקנה וגמר ומבטל המודעה דהא יש כאן דברים גלוים שלא גמר ומבטל אבל אחר שביטל הכל לבסוף ואנן אמרינן גמר ומבטל ואי דאפשר לא גמר מ"מ תו ליכא דברים גלוים דהא ביטל אותם אלא דברים שבלב יש כאן וגם אינן דברים ולכך מהני וזה תי' ברור ונכון על שי' הרא"ש וסייעתו :

ובמהרי"ט הקשה קבלת הרא"ש שהוא סובר דהא דמהני זביני באונס הטעם כיון שהשדה ביד הלוקח ואיך יחזירה ממנו בלא ראיה ומש"ה מתייאש ממנה וגמר ומקנה ומש"ה כי מסר מודעה שיש לו ראיה בידו להוציאה לא מתייאש ממנה ולא גמר אבל אם חזר וביטל המודעה וגם מודעה שמסר על הביטול א"כ תו אין לו ראיה וגומר ומקנה וכ' במהרי"ט שזהו קבלת הרשב"א שכ' בהשולח תקנה אחרת לפסול העדות ואף דלענין גיטין שאם פסל לא מפסלי מ"מ כיון שהוא סובר שכבר נפסלו העדים א"כ תו לא מצי לקלקלה בידי אדם וגומר ומגרש שאינו מצוי לקלקלה בידי שמים וכ' במהרי"ט דלפ"ז אם מסר מודעה גם על פיסולו של העדים א"כ סומכות דעתו יפה שהי' יכול לקלקלה בב"ד ואינו גומר ומגרש ע"ש. — והא היכא בגט ובמילתא דאיסורא דלא מהני הודעות בע"ד אבל במכירה נ"ל שאם אפי' מסר מודעה על פיסולו העדים באונס מ"מ מהני המכר כשפסלם וכמ"ש לעיל בדעת הר"ת דכיון דאמרי' גמר ומקנה כן אמרי' גמר והודה לפסול עדיו ונאמן על עצמו כמאה עדים ותו לית ליה שום מודעה מעיקרא וכן נראה מלשון הרשב"א עצמו שהקשה שם וז"ל וא"ת ומה יועיל לענין איסורא אם יעידו עדים כבר העידו ע"כ והנך רואה דדוקא לענין איסורא הוא דמקשה כן אבל לענין ממונא מהני שפיר ודו"ק :

דין ז.

מגרש באונס שלא כדין ומסר מודעה וביטל אחר כך.

הנה המהרח"ם הביא בשם מהרשד"ם שכ' בשם הרשב"ש והרא"ם ותוס' שאם ביטל המודעה מתוך אונס שלא כדין מהני הביטול ע"ז והמהרח"ם דחה את המהרשד"ם ומחה לו מאד שעולה כי זה א"א לאמרו כלל דהא אף שביטל המודעה מ"מ נשאר הגט באונס כמו שלא היה מוסר מודעה כלל וגט ע"י אונס שלא כדין לא מהני ובאמת כפי הנראה יראה ח"ו טעות גמור בהוראה זו של הגאון מהרשד"ם :

והנה לפי מה שכתבתי לעיל בשם מהרי"ט לפרש דעת הרא"ש דמש"ה מהני ביטול מודעה ע"י אונס משום דכיון שביטל המודעה תו לית ליה ראיה לבטל מכירה זו אף הוא גמר ומקנה כמו במכר בלא מודעה דמזה הטעם גופה מהני למהרי"ט דמשום שאין בידו לבטל מכירה זו מתייאש וגמר ומקנה והביא כן בשם הרשב"א דמש"ה מהני בגט פיסול עדים דמשום דלא מצי תו לקלקלה בב"ד אף הוא גומר ומגרש דלא חשוב לקלקלה בידי שמים — א"כ לפ"ז הסברא נותנת כן גם בגט אנוס שלא כדין דכיון שהוא מבטל למודעה אף מתוך אונס מ"מ תו לא מצי לקלקלה בב"ד דהא יש ב"ד אשה זו גט בביטול מודעה ואף הוא גומר ומגרש ואין לחלק מהא שכתב הרשב"א ולומר דהא דהרשב"א דמיירי שמסר מודעה על גט שאין אנן יודעין באונסו כדין גט ומתנה שאין אנו צריכין לידע באונסו וא"כ כיון שיש כאן ביטול מודעה תו לא מצי לקלקלה בב"ד דהא אין אנו יודעין באונסו אלא ממודעה שלו יודעין והמודעה הא ביטלה והוא סובר דמהני הביטול בב"ד ומש"ה גמר ומגרש משא"כ היכי שיש אונס גמור דכשהוא שלא כדין הוא יודע שיכול להביא עידי אונס ויבוטל הגט בב"ד ותו לא גמר ומגרש זה אינו דאי נימא חילוק זה א"כ גם מהרי"ט שהביא ראיה מהא דהרשב"א למכר אין זו ראיה דהא אם יביא עדים שאנסו אותו על הביטול לא יתקיים המכר ויוכל להוציא הקרקע ע"י הב"ד א"ו שמ"מ מדמה המהרי"ט דין של ביטול מודעה על מכר באונס להא דהרשב"א משום שהמוכר מ"מ טועה וסובר דמהני הביטול שלו אפי' מתוך אונס ואף הוא גמר ומקני וא"כ לפי קבלה זו הי' אפשר לומר גם באנסוהו לגרש שלא כדין ומסר מודעה וביטלה אח"כ מתוך אונס דמהני מהאי טעמא גופא שמתוך שסובר שלא יוכל לקלקלה תו ע"י ב"ד אף הוא גמר ומגרש שלא לקלקלה בידי שמים אלא דלפ"ז ע"כ צ"ל דכן תלוה וזבין שלא כדין מהני כמו מטעם זה כמו דמהני במכר מטעם שכתב מהרי"ט דמתוך שלא מסר מודעה והוא סובר דתו אין לו שום ראיה לבטל א"כ גט זה גמר ומגרש כמו במכר ואכן קיי"ל דתלוה ויהיב לא מהני ובאמת זה קשה על קבלת מהרי"ט לחלק בין תלוה ויהיב לזבין אלא ע"כ צ"ל דהך קבלה לאידך לא הוי מהני אלא משום דיהיב כמו זוזי ולא מיפסיד וא"כ בגט כמו שלא כדין הוי תלויה ויהיב ולא מהני — ואמנם אחר העיון נראה דעכ"פ לא נשווי להגאון מהרשד"ם כטועה בדין זה לגמרי, ומצאתי בלשון הרשב"ש שם דף מ"ח שהוא מפרש שם דברי הש"ס דלא כתוס' בהא דפריך לר"ה מתני' דבנכרים פסול ואמאי נימא אגב אונסו גמר ומגרש ופי' הרשב"ש דבגט הוי כמו כזביני דהא אשתו שנאתו ובלא גט נמי לא תעמוד אצלו וגט זה אינו אלא להתירה לאחרים ולא מפסיד כלום עכ"ל :

ואף שמצאתי שהמהרח"ם הביא הא דהרשב"ש ומוקי לה באונס שכופין כדין ע"ש דלענ"ד מלבד שאין לשון הרשב"ש מורה כן עו"ק דא"כ למה לו להרשב"ש לדחוק עצמו ולחדש קבלה זו שאשתו שנאתו הא ודאי בכדין יש קבלה גדולה דהוי תלוי' וזבין וכמ"ש התוס' א"ו דהרשב"ש בשלא כדין איירי ומה שכ' במהרח"ם דעכ"פ תעמוד אצלו בע"כ ואם לא תרצה יגרש אותה בלא כתובה לקי"מ דהא גם עתה אין כופין אותו על הכתובה—אלא ודאי לפי' הרשב"ש על אונס שלא כדין קאי דז"ל בתר קבלה וקבלת הרשב"ש שייכא נמי בשלא כדין וא"כ הוא אינו מפרש הסוגי' כדפירשו אותה התוס' דקאי על נכרים שכפו אותו בכדין אלא על שלא כדין וא"כ עכ"פ מוכח לפי סוגי' זו דאפי' שלא כדין נמי מהני דהוי כמכר דהא מסיק הא אתמר עלה אמר ר' מתרסיה דבר תורה כשר אפי' בנכרים. — אלא דדברי הרשב"ש לכאו' מוקשין איברא ואיך אפשר לפרש כן דלפ"ז קשה הסוגי' מאוד דהא שמואל אמר בהמגרש גט שלא כדין אינו גט כלל. — וע"כ צריך לפרש הא דשמואל כשמסר מודעה ולא ביטלה ואי קשי' אם כן אפילו כדין נמי זו לקי"מ וכמ"ש המהרשד"ם גופא שם דבכדין לא צריך ביטול מודעה כלל אלא כל שאמר רוצה אני סגי והמהרח"ם כ' ע"ז שהיא תימא גדולה לומר כן מאחר שכבר הוכיח במהרח"ם בראיות ברורות דהא דעירוכין שמצריך ר"ם ביטול מודעה מיירי בשכופין כדין ע"ש. — ואני אומר שאין כאן שום תימה על מהרשד"ם שהרי כבר הוכחתי לעיל שזהו דעת הר"ת שאם תלה מודעתו באונס זה שכופין אותו כדין נ"ל ביטול אלא כל שאומר רוצה אני ה"ז גט וכמ"ש לעיל דכשאמר רוצה אני בהכסו דכדין ליכא תו שום אונס אלא רצון גמור ונסתלק אנסו והוא לא מסר מודעה אלא על אונס. — ולעיל הבאתי דברי מהרח"ם שהקשה על הרשב"ש שסובר דלא מהני ביטול גט ע"י מסי' מודעה אלא ע"י אונס ודלא כר"ת וא"כ קשה מהא דר"ם ממנ"פ אי הוי אונס מה מהני ביטול מודעה מתוך אונס ואי לא הוי אונס כדין למה צריך ביטול מודעה וע"ש מ"ש. אמנם עתה נ"ל דהרשב"ש סובר כהר"ת דבאמת אם תלה מודעתו באונס זה שכופין אותו ליתן גט כדין ודאי נ"ל ביטול מודעה כלל דנעשה רצון ועל הרצון לא מהני שום מודעה להרשב"ש דבהא אינו סובר כהר"ת דמהני גם על רצון, אלא דהא דר"ם שלא תלה מודעתו באונס זה ואכן אמרי' אולי יש לו אונס אחר דהרי בגט אינו צריך לגלות לנו אנסו, גם אפשר דלא מיירי ר"ם בגט שכופין כדין אלא בקדם גט ואמר שהוא אנוס וע"ז אר"ם שצריכא ביטול למודעה שלו ויליף לה ממתני' דקתני רוצה אני בפירוש ולמה יפרש הא בלא אמירתו נמי סגי גט ברצון גמור הוי משום מצוה א"ו שצריך אמירה בפירוש כדי לבטל בפירוש אם מסר מודעה דאף שנעשה רצון ובטילה המודעה ממילא שנסתלק האונס מ"מ צריך רוצה אני בפירוש דהשתא הוא אומר בפירוש נגד מודעתו וכ"כ למה אלא משום שכל מודעה צריכא ביטול בפירוש ולמדינן כן לשאר מודעה דלא סגי במה שאמר רוצה אני דדילמא גם אמירתו רוצה אני הוי מתוך אונסו שלא גילה לנו ועדיין יש לו אונס זה ובגט כדין ידעינן בבירור שנסתלק אנסו משום המצוה אבל בשאר אונס לא מוכח לנו סילוק אנסו ולכך צריך ביטול ולומד ר"ם כן מהנהו דמתני' ותו לקי"מ על הרשב"ש וזהו נכון מאוד כפי מה שנראה מהרשב"ש דף מ"ח שהבאתי דבגט שלא כדין נמי מהני ביטול מודעה כמו במכר דכיון דלא הפסיד גמר ומגרש וא"כ ע"כ הא דשמואל דאינו גט כשמסר ולא ביטל ומוכח דבכדין נ"ל ביטול כלל. — והרב מהרח"ם כבר הבאתיו לעיל שהוא הקשה קושייתו על הרשב"ש ג"כ בהא דהר"ת בפ"ב דהוי רצון אלא שהוא פי' דברי הר"ת באופן אחר שצריך ביטול גם בכדין ואכן לא קשיא לן כן בדעת הר"ת ז"ל אלא כמ"ש :

והנה לפ"ז א"ש יותר סוגי' דב"ב שהביא הא דרי מתרסיה ובגיטין אמרו עליו שהוא בדותא וכדחקו התוס' שכ' דלפי דעת המקשה שסובר דנכרים בני עשויי הי' לו כן לפי סברתו, וזה דוחק גדול ומלבד

זה קשה מאוד שאם המקשן טעה בזה וסבר דכהנים בני עשויי הם ומש"ה פריך אמאי לא משני להוציאו מן הטעות דכהנים לאו בני עשויי וא"כ מש"ה לא מהני דהוי כתנאי ויהיב לדעת התוס', ועוד דא"כ לפי סוגיי' זו דב"ב א"א לפרש הא דשמואל כדפריך בגיטין על ר' משרשיה וא"כ איך ואמאי לא פריך עלה מהא דשמואל. — אבל לפי' רשב"ם א"ש דנאן בב"ב סובר הסוגיי' דהא דר' משרשיה דאמר דבר תורה כשר לאו משום דבני עשויי נינהו דלא טעה בזה כלל וידע מהא דלפניהם ולא לפני כהנים אלא הא דכשר לר' משרשיה משום דאגב אונסו גמר ומקנה דלא מפסיד מידי והוי כמכר ואמנם דוקא בלא מסר מודעה והא דשמואל לק"מ דמיירי בשמסר מודעה וביש' כדין מ"מ כשר אפי' לא ביטל רק אמר רוצה אני וכדלעיל ושלא כדין פסול ובכהנים כדין פסול ג"כ מש"ה דכיון דלאו בני עשויי ליכא מצוה ואגב אונסו לא מהני דהא מסר מודעה אלא דמ"מ פוסל דגזרינן אטו כדין דישראל ושלא כדין בכהנים אין בו אפי' ריח הגט והכל כדמסקינן בגיטין כן סובר הסוגיי' דב"ב לר' משרשיה וסוברת דהא דר' משרשיה לאו אדשמואל אתמר דהא דשמואל הא מיירי ע"כ בשמסר מודעה וא"כ ע"ז לא היי ר' משרשיה אומר ד"ת כשר דהא כהנים ודאי לאו בני עשויי נינהו; אלא הא דר' משרשיה אמתני' אתמר דקתני ובכהנים פסול ומתני' הכי קתני גט מעושה בישראל כשר בין מסר מודעה ובין לא מסר ובכהנים פסול ג"כ בכל אופן וע"ז אמר ר' משרשיה דאף דפסול בכל אופן מ"מ אין הפסול שוה דבמסר מודעה פסול מה"ת בכהנים ובלא מסר מודעה ד"ת כשר בכהנים והא דקתני פסול מדרבנן אבל מה"ת כשר ואפי' שלא כדין, ובגיטין הוא דטעה הסוגיי' בהא דר' משרשיה שהוא אמר כן לתרץ הא דשמואל וא"כ ע"כ ר' משרשיה מש"ה התיר בכהנים משום דהם בני עשויי ולכך הקשה שם עליו דהא דשמואל לא יתורץ כן וכדפריך שם ואמר שם על ר' משרשיה שהוא בדותא אבל לסוגיי' דכאן לא בדותא וזה פי' נכון לרשב"ם ועיין בלח"מ מ"ש לדעת הר"מ בהא דר' משרשיה ודו"ק בכל מ"ש ותמצא שהדרך ישר הוא. — והנה לעיל כי הרשב"ם עד דמבטל למודעה ודוקא מודעה שיש בה אונס אבל בלא אונס אם אמר גט זה בטול לא הוי ביטול, והכוונה כמ"ש מהרשד"ם דיש בה אונס אפי' שלא כדין מהני ביטול דאל"ה הרשב"ם סותר עצמו דהא הוא סובר לקמן דגט הוי כמכר וגמר ומגרש, אלא ודאי דבכל אונס מהני ביטול אלא דבהא שוה גט למתנה דבכל שמסר מודעה לא צריכין לידע אונסו אלא מהני המודעה דודאי אנוס הוא ורק במכר צריכין שידע אונסו ואי לאו"ה א"א לבטל המכר אבל גט הוי כמתנה דבקל אנו מבטלין אותה כל שהוא אומר שאנוס אבל לענין אם הי' באמת אונס גמור לא דמיי' גט למתנה דגט הוי כמכר דאגב אונסו גמר ומקנה וגמר ומבטל. ומה שהביא מהרשד"ם מתוס' והרא"ש פ' חזקת הבתים שכ' דכשכפוהו לבטל המודעה מהני דאגב אונסו גמר ומבטל וכן כתבו שם התוס' ומוקי לה המהרשד"ם באונס שלא כדין והמהרא"ם דחה דמיירי שאנסו אותו כדין ע"ש דלענ"ד צדקו דברי הגאון מהרשד"ם יותר דכן משמע מדבריהם במה שסיימו דמש"ה מהני משום דאגב אונסו גמר ומבטל ואין זה הלשון כאמר אלא באונס שלא כדין כמו במכר דאגב אונס גמר אבל בכדין הא מסקינן בגמ' דלאו משום האי טעמא כשר משום אגב אונסו גמר אלא משום דמצוה לשמוע דברי חכמים ורק לפי הה"א הי' סובר הטעם בגט נמי משום אגב אונסו אבל למסקנא הא בגט כדין הטעם משום מצוה לשמוע הוא גמר ומגרש וא"כ למה לא דייקי התוס' והרא"ש בלשונם שלא כטעה דמיירי בשלא כדין א"ו דבאמת מכל אונס מיירי וכן מדמחלקי בין מתנה דוקא וכמ"ש מהרשד"ם סוף דבר דלא די שאין כאן טעות ח"ו אלא אדרבה דברי מהרשד"ם הם דברי אלקים חיים:

שוב מצאתי בקה"ח ר"ה קק"ח שם בסוף שכ' על רשב"ם וז"ל ולפמ"ש תקשה כיון דודאי אנוס א"כ היכי מהני הבטול מודעה ונראה דהרשב"ם מיירי מאילו שכופין אותו להוציא וה"ל תנאי וזבין עכ"ל ול"ע דלפ"ז סותר עצמו הרשב"ם שכ' לקמן דגט כמכר משום שלא תעמוד עגונה ולא מפסיד מידי ולע"ג:

דין ח.

מכר ולא קיבל כל שויו ומסר מודעה.

הנה במכר ולא קיבל כל שויו איפלגו הראשו' י"א דבקרקע מהני ואמרי' נמי אגב אונסו גמר ומקנה דאין אונאה לקרקע וכן הובא בש"ע אבל במטלטלין לא מהני וכ' הריב"ש דאף דבפחות משוי' ל"א אגב אונסו גמר ומקנה מ"מ לא הוי כמתנה לענין אם מסר מודעה דבמתנה א"צ לידע אונסו אבל בכה"ג צריכין העדים שידעו מאונסו דכיון שקיבל עכ"פ מקצת מעות ליכא למימר דאפי' אינו אנוס אלא שלא נתן מדעתו אלא שצריכין לידע דודאי אנוס ע"ש והובא בקצה"ח. — ולכאורה כ"ל להקשות על דין זה דלפ"ז מאי פריך מהא דרבא אהדדי ומסיק דלא משכחת אלא בפרדיסא הא משכחת בכל מכירה וכגון שלא נתן לו אלא מקצת מעות דל"א אגב אונסו גמר ומקנה והכי מהני מסירת מודעה וצריכין דוקא דאנן ידעינן מאונסו ולא דמי למתנה. — והנה לפי' הבעל המאור ודאי קשה דהא הוא מפרש דמאי דרבא דהוי זביני גם מודעה באונס לא מהני בזביני ולמה לא הא משכחת בשלא נתן כל דמיו דלא הוי זביני וצריכין מודעה באונס ומהני וכן לפי' רמב"ן שפי' דההיא דבלא מסירת מודעה מיירי דבמסר מצוי קמ"ל הא ודאי לא סמכינן על פיו של מוכר א"ו בלא מסר איירי אלא שיש עדים על אונסו וקמ"ל שצריכין עדים לידע מתחלה ועד סוף שאולי מכר בסוף ברצון וע"ז פריך מרבא דהוי זביני בלא מודעה וקשה מאי פריך דילמא מיירי בכה"ג שלא קיבל כל המעות דלא הוי זביני מחמת אונס ובהא צריכין לידע בבירור שהי' אונס גם בסוף דהא לא דמי למתנה דסגי בגלוי מילתא דאונס הי':

ולא ניחא אלא לפי' הרשב"ם דפי' דבשדה קאי לא מהני שום מודעה דלבסוף נעשה ברצון כל שביכר הוא את השדה דבכה"ג נראה דאפי' לא קיבל כל דמי שויי' מ"מ מכר ברצון. אבל לשאר פירושים קשה. ונראה דהגמ' לא רצה לתרץ כן משום דכל זה לא הוי אלא במטלטלין אבל בקרקע לא משכחת דהא הוי זביני אפי' בפחות ולא רצה לאוקמי סך דרבא רק במטלטלין דאדרבה יותר נראה דמיירי מקרקע. ואמנם נראה מכאן ראיה ברורה דבקרקע מהני זביני באונס אפי' בפחות משויי' והכי יורה דאי אמרת לא הוי זביני א"כ איך נפרש קו' הגמ' על רבא דהא אי לא הוי זביני מ"מ לא הוי כמתנה וצריכין לידע מאונסו ול"ק מרבא דמשכחת לה לרבא בפחות דמפסיד קצת. — וא"כ הי' צריכין לפרש כפי' הרשב"ם והרמב"ן וסייעתו שהקשו על פי' זה ע"כ סוברים כרבינו יונה. והנה הריב"ש בעצמו הוא מרה דשמעתיה ומ"מ הוא עצמו סובר דלא כר"י אלא אפי' בקרקע כל שלא נתן כל שויי' לא גמר ומקנה. וא"כ ע"כ מפרש הסוגיי' כפי' רשב"ם. — ואדרבה כ"ל דהרשב"ם לשיטתו שגם הוא סובר דדוקא היכא דלא מפסיד מידי הוי זביני ולא כר"י הוכרח לפרש הסוגיי' דכאן כמו שפירש דהקו' הי' משדה שתם דאם יפרשה כשאר הראשונים קשה מאד אמאי לא מוקי לה בפחות משוי' לענ"ד סברת הריב"ש בהא תורת אמת היא דאיך ניחא כשקיבל קצת מעות דהוי כמו מתנה שא"צ לידע מאונסו הא במתנה מש"ה אמרינן כן משום דאנן אמרינן ודאי אנוס הוא דאל"ה למה נתן ולמה מסר מודעה א"ו אנוס והא תינח היכא דלא קיבל כלום אבל אם קיבל קצת מעות מנ"ל לומר דודאי אנוס דילמא אינו אנוס כלל אלא זוזי אנסוהו וא"כ ודאי שצריכין אנו לידע מאונסו כדי לבטל מכר זה. — ועפ"ז נראה דכן בגט נמי אם מסר מודעה ואח"כ גירש ולקח מעות אף דמסיק במהרא"ם דל"א בגט ומעות אגב אונסו גמר ומקנה משום דלא הוי שויי' כמבואר שם מ"מ לא דמי גט זה למאי דאמרינן גיטא ומתנה גלוי מילתא בעלמא אלא צריכין לידע אונסו ואי לא ידעינן מאונסו הוי גט אף דמסר מודעה דבכל גט אמרי' ודאי יש לו אונס וכדכתב הרשב"ם משא"כ בלקח מעות דילמא מעות אנסוהו והוי גט.— שוב מצאתי כן בשם הריב"ש עצמו שכ' כן הובא במל"מ פ"ו מגי' — הן אמת שלא אכחד דמ"מ דין זה צ"ע בעיני דלא מבעי לדעת הר"מ ודעימיה דאפי' בלא אונס כלל מהני מודעה בגט ומתנה דודאי ניחא לזה וכמ"ש הריב"ש שם בעצמו אלא דאפי' להחולקים על הר"מ שצריך אונס מ"מ תא כל אונס ואפי' אונס בדנפשיה סגי בגט ומתנה דמ"מ שלא ברצון הוא ולא דמי לזביני דאונס דנפשיה לא הוי אונס כלל לבטל מכירה אבל בגט ומתנה סגי וכמ"ש הסמ"ע בשם כמה קדמאי ושכן מוכח מהסוגיי' ע"ש דאי ניחא אונס דנפשיה לא מהני א"כ אמאי אמרינן בגט ומתנה דודאי אנוס דאל"ה למה יתן ולמה מוסר מודעה ומה זו הוכחה דילמא אונס דנפשיה יש לו א"ו דאפי' הכי סגי. — וא"כ קשה כשלקח מעות נגרש אמאי צריכין לידע אנסו הא ודאי אנוס ואי דילמא מעות אנסוהו הא מ"מ גם אונס זה סגי לבטל הגט כל שמסר מודעה דמודעה עם אונס דנפשיה מהני. — ואפשר לומר דס"ל להריב"ש דמעות לא הוי כלל אונס ואפי' אונס דנפשיה לא הוי, אלא דבגמ' לקמן דף מ"ז ע"ב קרי לה לצריך למעות אונס דנפשיה — עוד קשה לי אמאי הכי הריב"ש דבכל שלא ידעינן מאונסו לא הוי המודעה מודעה בגט זה שקיבל מעות ומשמע דהוי גט ודאי וקשה דאף שכיון שקיבל מעות נפלה סך סברא דאמרי' ונסתמא אנוס דאל"כ למה יתן גט ולמה ימסור מודעה דכאן אפשר דלא אנוס הוא אלא משום המעות עושה גט. — אבל מ"מ הא מידי ספיקא לא נפקא דילמא יש לו אונס וכיון דהיכי דלא קיבל מעות מהני מודעה עד דלא הוי גט כלל א"כ כאן נמי עכ"פ ספיקא הוי שמא יש לו אונס ומהני מודעה — מיהו בהא י"ל דכל מן הסתם לא חיישינן לשום מגרש שהוא אנוס אלא במאן דמסר מודעה קודם אמרינן ודאי אנוס הוא אבל כל שקיבל מעות תלינן דמחמת מעות גירש אח"כ וליכא שום אונס כלל ואפי' אם הי' לו שום אונס בשעה שמסר מודעה אמרי' דע"י שהמעות שקיבל נתרצה לרצון גמור והו ליכא עתה שום אונס והמודעה אינה כלום, ובזה ניחא נמי מה שהקשיתי תחילה דאיכא עכ"פ אונס דנפשיה אונס מעות זה אינו דאדרבה אנן אמרינן דכל שקיבל מעות ברצון הוא עושה אח"כ דהא דל"א אגב אונסו גמר ומקני בגט שקיבל מעות וכן במכירה בפחות משויו היינו היכא דידעינן מאונסיה ושיש עכ"פ אונס גמור דבכה"ג לא מהני סברת גמר ומקני היכא דלא קיבל כל שויו ומפסיד מידי אבל כל שלא ידענו מאונסו אמרי' דליכא אונס כלל ע"י המעות נתרצה יותר כנ"ל:

דין ט.

נשבע לגרש אי צריך התרה קודם שיגרש.

דין זה הוא פלוגתא כאשר דלהרשב"א כלה שצריך התרה עד דאפי' דעבד לא מהני אם לא שהתירו לו וגירש דהוי אנוס ובשם הריטב"א והובא כן בש"ע לא צריך אלא לכתחלה דהוי כאנוס אבל בדיעבד הוי גט אפי' לא שהתירו לו ובמהרח"ם הביא אותן שצריכו התרה לענין דעבד בל"ע דאי צריך התרה א"כ אפי' התרה לא מהני דהא הוי שבועת שוא דכיון שנשבע שיגרש והוא אינו יכול לגרשה דהא לא יהי' גט ע"י השבועה אלא הספה בעלמא וא"כ אינו יכול לקיים שבועתו בשום אופן ולוקה ולא מהני שום היתר לשבועת שוא והיא קושי' שכלית. — והנה לכאורה בהשקפה ראשונה הי' נראה שזהו פלוגתא בין תוספות גיטין בסוגי' דחוץ ד"ה ועמדה וכשהא דהקשו איך אפשר לה שתנשא הא אם תנשא הגט בטול ותו לא הוי נשואין ותי' הרשב"א והרמב"ן דע"כ דרך נשואין אמר בתנאו שלא תנשא לפלוני דרך נשואין עי"ש וא"כ כאן נמי לא נאמר דהוי שבועת שוא אלא הוא נשבע שלא יתן לה גט כשר ובעדים כדרך מגרשין וא"כ מהני התרה להבא. אבל אחר העיון קצת נראה דלא דמי דהם בתנאי שפיר אמרינן כן שנתכוון שלא תדור האשה עם פלוני בדרך נשואין משום דיש חילוק לעלמא עכ"פ בין בעולה שלא כדרך נשואין ובין כדרך נשואין אבל כאן בשבועה זו הרי הוא נשבע שיגרשה ע"כ כדי להתירה לעלמא כיון שאם לא יתירה אין זה כלום ולהתירה אי אפשר לו והוי שבועת שוא. — ואמנם נ"ל דלא קשה ול"מ דהא ודאי דבכל אונס שבעולם אפי' אונס מאחריני אם ירצה המוכר או המגרש ברצונו גמור לעשות הדבר הרי זה גירש או מכר ברצון ואף שאנסוהו וא"כ זה שנשבע לגרש אם ירצה לגרש ברצון גמור שלא מחמת אונס השבועה הרשות בידו והוי רצון גמור והגט. גם אלא שאנן אמרינן לשיטה זו שאם נשבע מחמת אונס הוי וצריך התרה ואלאה"ה לא הוי גט אבל הוא נשבע על הרצון דהיינו שנשבע שירצה לגרשה ויתן לה גט ברצון גמור ויש ביכלתו לעשות כן ולקיים את השבועה ואין זו שבועת שוא שהרי יכול לקיימה אלא דאנן אמרינן דחיישינן ליה דאינו גט אבל הוא בלבו וברצונו נותן גט כשר וא"כ אין זו שבועת שוא ויש לה התרה וזה פשוט לכאורה ואמנם הביא שם בשם מהר"י בן לב דבכה"ג הוי שבועת שוא ומנה זה הקשה על הר"מ מבואר שהביא הב"י. — דמשמע דבלא התרה אפי' בדיעבד בטול הגט. — ולענ"ד נראה דאף לפמ"ש מהר"י בן לב אפשר ליישבו ולומר דודאי היא שבועת שוא וא"כ כל שהיא שוא ולוקה בין יגרש ובין לא יגרש הו ליכא אונס על הגט וכאומר אלא דמ"מ הוא אינו יודע דהוי שבועת שוא וסובר שמחויב לגרש כדי לקיים שבועתו וא"כ הדר הו"ל אונס אי אונס בדכפייה עוקרי אונס ומש"ה הולך להתרה שגם הוא המגרש יודע שאין עליו שום שבועה:

והנה מצאתי בספר שמחת יו"ט למהרי"ט אלגאזי שתמה גם הוא על הא דהר"מ מבואר שהביא הב"י לנידון דידיה שקנס עצמו במאה זהובים מהאי דמוציא משום שם רע באומר יאסרו עלי כל פי' שבעולם אם איני מגרשך וקשה עם זו נראה הא שם הוי נדר שוא לדעת ר"ת ונמצא דאין כאן נדר כלל והוא גרש לפי שלא ידע עכ"ל הצריך ע"ש דף י"ב דלענ"ד נק"מ לפמ"ש דאדרבה משום שגרש לפי שלא ידע א"כ לפי דעת המגרש הולך לגרש כדי שלא יאסרו עליו כל הפירות ואין לך אונס גדול מזה ומאי מהני מה שבאמת אינו אונס הא מ"מ אנן בתר רצונו של מגרש אזלינן וכל שלא גירש הוא אלא מתוך אנסו לא הוי גט אלא ודאי דבכל אונס שאדם מביא על עצמו אינו אונס ואין אונס אלא מאחריני וא"כ כן נמי בנידון דידיה שקנס עצמו כן נראה לי. — ויצא לנו שאם נאמר באונס טעות דהיינו שהוא סבור שאם לא יגרש יהיה לו אונס זה אף שבאמת לא הי' שאנו יודעין שאפי' אם לא היה מגרש לא הי' לו אונס מ"מ כיון שעכ"פ לפי דעתו יש כאן אונס לא הוי גט לפי שיטה זו אפי' בלא מסירת מודעה ודו"ק:

כלל י.

מעמד שלשתן.

דין א.

מעמ"ש קנין דרבנן אי מהני לדאו'. ואי יש חילוק בין מלוה לפקדון.

הנה מבואר בגמ' מעמ"ש הוי הלכתא בלא טעמא וקנין דרבנן וכו' והרי"ו הביאו הב"י דאם קידש אשה אינה מקודשת אלא מדרבנן והב"י חולק דכיון שתיקנו מעמ"ש קונה מהני וכעשה קדושי תורה. — ויש לי להביא ראיה מהרמב"ן ז"ל לשיטו' הרי"ו מה שכ' ב"ב דף ע"ז וז"ל ומ"מ קשה לי הא דאמרינן בקדושין כ"ו ואי ס"ד לא קנאתו אלא מדרבנן הם כו' מקודשת מדרבנן הם עכ"ל שצריך: והנה סובר בפי' דאי מהש"ע דרבנן אינה מקודשת אלא מדרבנן וא"כ אינה במעמ"ש שאין קונה אלא מדרבנן לא הוי אלא קדושי דרבנן כהרי"ו — אלא דדברי הרמב"ן ז"ל מכאן איגרא במה שרוצה להביא ראיה דמכירת שטרות מה"ת דאי דרבנן אמאי אמר הם מקודשת וקשה מאוד הא. הם אמר נמי במלוה ע"ש כמי שליגי ובמעמ"ש וא"כ הא מעמ"ש לכ"ע מדרבנן הוי ומ"מ מקודשת לכ"ע וא"כ אי מקודשת מה"ת או מדרבנן קאמר מ"מ אין ראיה משם למכש"ע דהוי מה"ת וכן הקשה הפ"י — ונראה לתרץ ויבואר כמו שהרמב"ן והרי"ו דמעמ"ש אינה מקודשת אלא מדרבנן דקשה לכאורה הא לדקו דברי ב"י דמאחר שקונה מדרבנן א"כ הוי שלה וצריכין להיות קדושי תורה — ונ"ל שלא אמרו כן אלא במעמ"ש ומכירת שטרות אי הוי דרבנן אבל בשאר קנין דרבנן כגון אגב ומשיכה לר"י לא אמרו אלא כיון שקונה מדרבנן מהני לעשות קדושי תורה — והטעם דיש לחלק ביניהם כמו שאבאר, והיא דאמרי' בגיטין דף ס"ה הא כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון ומהני ה"מ בדבר שעיקרו מה"ת ופריך מהא דכיצד מערימין על מע"ש ומהני במעשר בזה"ז דרבנן והדר פריך ואמה העבריים בזה"ז עי' איכא ומהני בעציץ שאינו נקוב — והקשה בפ"י אמאי לא פריך הא הוי עיקרו דאורייתי' והוא קו' עצומה. — ואמנם מצאתי בריטב"א שהקשה על הא דמהני בעציץ שאינו נקוב אמאי לא מהני דמיירי במעשר אילן וירק דרבנן ותי' משום דהאי אית ליה עיקר מה"ת אבל בעציץ שאינו נקוב אינו עיקר מה"ת כלל עכ"ל ולכאורה אין לזה הבנה דמ"מ הא מעשר אילן וירק הוי דרבנן ועיקר דאורייתא וכן נמי עציץ שאינו נקוב:

ונראה לי כוונתו בהא דהיכא דהוי רק חדא דרבנן עיקרו עיקרו מה"ת וכל היכא דהוי תרתי דרבנן תו לא הוי עיקרו דאו' ומש"ה כי קא מהני במעשר בזה"ז דרבנן הי' כוונת הגמ' ג"כ דמיירי במעשר אילן וירק ובזה"ז דהוי תרתי דרבנן וכן נמי כשמהני בעציץ שאינו נקוב ובזמן הבית נמי נ"ל דמיירי בתרתי ומש"ה לא מהני לה בחדא דרבנן דאז הוי עיקרו דאורייתא — ויוצא בזה כתבו הפוסקים בהא דהמקדש בממון דרבנן לחלק דאם הי' ממון דרבנן ושעות דאורייתי' או ממון דאורייתא ושעות דרבנן לא חלו הקידושין כלל ואפי' לחומרא לא אבל בממון ושעות דרבנן מקודשת לחומרא וכי' דס"ט דכל היכא דהוי חדא דאורייתא וחדא דרבנן הוי עיקרו דאורייתא וכל היכא דהוי תרתי ממון ושעות דרבנן הוי עיקרו דרבנן ועיין ב"ש שם. ולא כתבו מקום תולה לחילוק זה, ולפי דעתי נראה דהוא מקוריא דגיטין שהבאתי והסברא בזה הוא דודאי אם רצו חז"ל יכולין הם לתקן תקנתם כעין דאורייתא דהפקר ב"ד הפקר מה"ת אבל לא תיקנו כעין דאורייתא אלא במקום דעיקרו דאורייתא והם לא תיקנו אלא חדא אז עשאו תקנתם כעיקרו והוי דאורייתא אבל אם כל העיקר הוי דרבנן ותרתי דרבנן אז לא תקנו שלהם אלא מדרבנן ולא מה"ת - וזהו הסברא בממון דרבנן ושעות ג"כ דרבנן דאז נשאר הד"ת על מקומו אבל באחד דאורייתא אע"פ שהשני הוי דרבנן וא"כ סוף סוף מה"ת מותר בשלה מ"מ תיקנו חז"ל תקנתם כמו דאורייתי' ממש והוי מה"ת ואינה מקודשת כלל:

ולפ"ז אומר אני דכן בדיני קנינים נמי כל דהוי עיקרו מה"ת דהיינו עיקר מכירה יש לה לאו' מה"ת וחז"ל לא עשו אלא קנין שלהם אז הוי הקנין שלהם כמו קנין דאורייתא דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון אבל כל היכא דמה"ת לא חלה כאן מכירה כלל וכגון במלוה שהרי הרמב"ן ז"ל סובר דאין המלוה ברשותו להקנותה - כלל - וא"כ כשתיקנו חז"ל מלוה נקנה ע"י מעמ"ש איכא כאן תרתי דרבנן דהיינו שתיקנו שתהי' המלוה ברשותו להקנותה וגם הקנין ע"י מעמ"ש וא"כ הוי כל עיקרה דרבנן ומש"ה סוברי הרמב"ן והרי"ו דלא נעשו קדושי תורה בכה"ג דהוי עיקרו דרבנן - משא"כ בשאר קנין דרבנן דלא עשו רבנן אלא הקנין שלהם אבל עיקר המכירה יכולה להיות מה"ת ע"י קנין אחר אז עשו קנין שלהם כמו קנין של תורה ומהני לקדושי דאורייתא כן נראה לי. ובסברא זו נ"ל ליישב הרש"י שפי' בפסחים אהא דרב גידל משש ולמעלה אין חוששין לקדושי' ופרש"י משום הפקר ב"ד או כל דמקדש והקשו עליו הא פשוט נמי כיון דאסור בהנאה א"כ לא הוי אצלה ממון ומה לי אי מדאו' או מדרבנן מ"מ לא שוי לה שום ממון, אלא נראה דכיון דסובר רש"י ז"ל דהפי' משש שעות ולמעלה בשעות דרבנן וממון דרבנן וא"כ בכה"ג כיון דהוי תרתי דרבנן א"כ תורה מהך סוגי' דגיטין דכל תרתי דרבנן לא תיקנו חז"ל תקנתם כעין תורה והניחו הד"ת על בוריו וא"כ אמאי אין חוששין לקדושין כלל הא מה"ת הוי מקודשת וחז"ל לא עשו כעין תורה בתרי דרבנן ועי"כ פרש"י דאמאי כאן בקידושין או מצד הפקר ב"ד בממון מהני אפי' בעיקרו דרבנן דהוי כעין תורה או משום כל דמקדש כו' ולא דמי להך דגיטין ודו"ק כי זה נכון:

ועפ"ז מיושב קו' הפ"י על הרמב"ן בב"ב הנ"ל דהכא אי מכירת שטרות דאוי' אז ע"כ דמלוה הוי ברשותו להקנותה מה"ת וא"כ אז אם קנה במלוה ע"י במעמ"ש מקודשת מה"ת דאף דהקנין לא הוי אלא מדרבנן מ"מ הוי עיקר דאו' דהא עכ"פ המלוה הוי ברשותו להקנותה בקנין

אמר כגון בגנב דאין לחלק כלל במלוה ברשותו בין מלוה בשטר למלוה ע״פ דשיעבודא דאו׳ בין בשטר בין ע״פ וא״כ מש״ה גם במעמ״ש מקודשת מה״ת אף שתקנין דרבנן דהוי עיקר דאו׳. — אבל אי מכירת שטרות דרבנן א״כ להרמב״ן ז״ל שסובר בפ״ השור שגנב דמלוה איננו ברשותו א״כ הוי כל עיקרו דרבנן וממילא דאז קשה בין על מלוה בשטר בין על מלוה ע״פ לכ״ע אמאי מקודשת, וא״כ זהו כוונת הרמב״ן ז״ל דרצה להוכיח מהא דר״ת דאמר מקודשת דע״כ מכירת שטרות מה״ת ואז ניחא אפי׳ במלוה ע״פ ובמעמ״ש דסובר מקודשת מה״ת לעיקרו דאו׳ אבל אי מכש״ע מדרבנן א״כ להרמב״ן שגם המלוה איננו ברשותו וא״כ אז קשה אמאי מקודשת בין בשטר בין בע״פ — ואף שנילאתי לקמן בדין מכש״ע דאפשר דאפי׳ אי מלוה ברשותו מ״מ הוי מכש״ע רק מדרבנן וכמ״ש לקמן אי״ה לשי׳ בעהמא״ו ז״ל מ״מ הרמב״ן ז״ל הא סובר מלוה איננה ברשותו וא״כ שפיר כתב דלכאו׳ מוכח השיפוך דע״כ מכש״ע מה״ת ומלוה ברשותו דאי מכירת שטרות מדאו׳ ודאי ל״ל מלוה ברשותו וסובר הרמב״ן ז״ל דעיקר פלוגתיהו בהא וא״כ אי מדרבנן ומלוה איננה ברשותו קשה על שניהם על שטר ועל מלוה ע״פ למה מקודשת ומתרץ דמקודשת מדרבנן ומטעם שכתבתי וזהו נכון:

והנה לפי המבואר סובר הרמב״ן כשיי״ו דמעמ״ש לא מהני לעשותו קדושי תורה ומטעם שכתבתי דהוי עיקרו דרבנן משום דכל עיקר שהמלוה נקנית לא הוי מה״ת דהא איננו ברשותו להקדישה ולהקנותה. — ויש כאן קושי׳ אחת דהרמב״ן ז״ל סותר א״ע שהוא כי בגיטין דהא דמהני ד״א בגט אשה הוי מטעם אפקינהו רבנן לקדושין ולא כמ״ש הר״ן דמשום הפקר ב״ד כגעו בה וקשה למה הולרך הרמב״ן לאפקינהו הא הוא סובר דמהני בחד דרבנן לד״ת וכמ״ש. — וברלה לענ״ד דבגט טעמא אחריני איכא דהא בזורק גט בע״ר תוך ד״א שלה קשה מאוד איך תהי׳ מגורשת הא לא מליכו קנין בע״כ דאף שבחצר דאו׳ מגורשת בע״כ היינו משום דהוי מעשה קנין שקונה בעלמא ברצון הקונה וא״כ כאן בא״ה לא לריך יותר אלא מעשה קנין שקונה אם הי׳ רולית משא״כ בד״א של אדם שלא תקנו אותן חז״ל אלא למי שרולה לקנות אבל מי שאינו רולה לית ליה ד״א כלל וא״כ האשה שאינה רולית לא הוי שלה הך ד״א כלל ואיך תהי׳ מגורשת הא לא דמי לחצרה דאף שאינה רולית מ״מ הוי רכ״פ חצר שלה אבל ד״א לא הוי שלה כלל כשאינה רולות כמ״ש לעיל בשם הנתקי׳ בב״מ שם. — ומש״ה כי הרמב״ן דרק משום אפקינהו מהני בגט משום דהוי כתרתי דרבנן שאם תיקנו במקום דאו׳ היינו אם רולה לקנות משא״כ בע״כ לא מהני וכאן מהני, ובזה יש ליישב מה שהקשה בא״ת דלפמ״ש הרמב״ן דרק משום אפקינהו מהני בגט א״כ בקדושין מאי איכא למימר אמאי מהני דהא שם ליכא אפקינהו ולפמ״ש א״ש דבקדושין מודה הרמב״ן דמהני ד״א לעשות קדושי תורה דליכא אלא חד דרבנן ולא דמי למעמ״ש וכמ״ש:

ודע דמה שהקשה הא״ת מקדושין לדעת הרמב״ן אנכי הקשיתי כן על הנתקי׳ ר״פ אחד ד״מ שכ׳ שם דמה״ת לריך דו״ה בגיטין וקדושין וא״כ לריך זמן מה״ת אלא דרבנן הקלו בגט משום אפקינהו וכי שם וכן בקדושין לא בעי זמן בשטר מאי טעמא ע״ש. והבאתיו בספרי דרכי נועם על יבמות דף ל״א ע״ב ד״ה תוס׳ ע״ש שהקשיתי כמו כן דמאי אפקינהו שייך בקדושין ע״ש. — ואמנם שוב מלאתי להמקנה בק״א סי׳ ל׳ סק״ד שכי להרמב״ן שסובר בגט מהני ד״א משום אפקינהו ע״כ הא דמהני בקדושין ג״כ משום אפקינהו והיינו, דחז״ל אפקינהו לקדושי שני דלא הוי קדושין ע״ש ושם בספרי הקשיתי על המקנה דאיך יהי׳ אם היתה המתקדשת בד״א ערום ולרתה תכנא לשוק בלא שלולים וגם אם בא עליה יבם בשוגג חייב חטאת ולא שייך אפקינהו ע״ש ולפמ״ש כאן א״ש הכל מה דקשה על הרמב״ן ועל הנתקי׳ הנ״ל קשה מאוד ולע״ג:

והנה לפמ״ש יש ליישב קו׳ הקה״ח על התוס׳ ב״ק ק״ד שהקשו שם אהא דפי׳ הזהב גבי הי׳ עומד בגורן דפריך ולקני ליה אגבא ומשני דל״ל אגבא וקשה אמאי לא הודה לו. שיש לו קרקע ותי׳ בתוס׳ דהתם מדאו׳ בעינן שיש לו קרקע שיהי׳ יכול לפדות מע״ש והקשה עליהם בקה״ח דהא אף קנין דרבנן מהני לדאו׳ כדמוכח מהסוגי׳ דשם גופה דהא כל אגב לא הוי אלא דרבנן ומ״מ כ״ל דמהני למע״ש ע״ש סי׳ קל״ד ולפמ״ש א״ש מאוד דודאי חד קנין דרבנן מהני לדאו׳ ומש״ה מהני אגב ואמנם דוקא אם יש לו קרקע. אבל אם אין לו קרקע והוא לריך להודאה על הקרקע וגם לאגב א״כ הוי הרתי דרבנן. — וכן מיושב דבב״מ שם הקשו התוס׳ אמאי לא מקני ליה באודאה והכיחו הקוש׳ ולא תי׳ דלא מהני אודייתא שהיא דרבנן ותרו דבריהם לבא דב״ק — אלא לפמ״ש ניחא דשם בב״מ שהקשו אמאי לא הקנה המעות בסודאה וסי׳ רק חדא דרבנן ולא כמו שהקשו בב״ק. — ואחר שכתבתי כ״ז מלאתי בטעם המלך שחילק כן בין חד דרבנן לתרתי ותי׳ התוס׳ ב״ק כמ״ש וברוך שכוונתי אבל לא כתיב לכל מ״ש ולמותא הדברים ומש״ה לא מנעתי מלהכיחם כמ״ש:

ומכל מ״ש יצא לי שאם קידש אשה במעמ״ש של פקדון כ״ע מודי דהוי קדושי תורה דע״כ לא קברי הרמב״ן ורי״ו דבמעמ״ש הוי קדושי דרבנן אלא במלוה דאיננה ברשותו והוי תרתי דרבנן אבל בפקדון דהוי ברשותו וליכא אלא חד דהקנין דרבנן מהני שפיר כמו דמהני אגב לדאו׳ כדמוכח מהא דפי׳ הזהב באגב לפדות מע״ש ואף דלהרמב״ן לשיטתו לא מוכח שהוא סובר אגב קנין תורה כמו שהבאתי שם בשמו מ״מ כן כראה מסברא דכמו דמהני מהיכא לכ״י וא״כ בפקדון כמי הוי קדושי תורה. — ועיין בפ״י שם בסוגי׳ שכי על מה שפרש״י ז״ל על הא דפריך מ״ט במלוה קני הא ליתא בעינה דליקני׳ מכ״ל וכי תפ״י דמשמע דלמ״ד דליתא אלא בפקדון ניחא, ומסיק שם הפ״י דבפקדון ניחא דטעמא משום דהן כזכי דכל שעומד המקבל שם אמרינן הן כזכי במתנה כמו במלוה וע״ש מילתא בטעמא, ולפ״ז בפקדון הוי במעמ״ש מה״ת וא״כ ודאי דהוי קדושי תורה לכ״ע. — אלא שדברי הפ״י ז״ל כפלאים בעיני שכי שם שכן נראה לו ז״ל בשיטת רש״י ז״ל ומשמע דרק לשיטתו של רש״י ז״ל דפי׳ הקושי׳ מ״ט רק אמלוה לריך לפרש כן. — ולענ״ד קשה מאוד הא שיטת רש״י ז״ל מוכרחים מג״מ דהא כל התרולים דמשני בטעמא דמעמ״ש שם לא שייכי אלא במלוה אבל בפיקדון לא דהא בפיקדון לא שייך שיעבוד וא״כ תיקשה אכל הני שנויי הא תיכח טעמא דמלוה טעמא דפקדון מאי, ואין לומר דמשום דאיכא טעמא במלוה תיקנו גם בפיקדון זהו א״א לומר דנמלא לפי הכי שכוים דמשכי יותר איכא טעמא במלוה מבפקדון ובסה״ל וכן הא דאמר רבא מסתברא יותר בפקדון מבמלוה. — וע״כ דאי אפשר לפרש הסוגי׳ אלא דבפקדון שפיר ידע בטעמו ולא דחיק לאשכח טעמא אלא במלוה וא״כ פרש״י מוכרח דכל מ״ט לא קאי אלא אמלוה ודברי הפ״י לע״ג שפי׳ כן רק לשיטת רש״י. — ולפ״ז גם כל הת׳ של הפ״י לע״ג דמ״ש דבפקדון ה״ט משום דהן כזכי זה לא יתכן אלא למאן דסובר מעמ״ש לא הוי אלא ברלון של נפקד אבל להסוברים דגם בע״כ של נפקד קונה במעמ״ש א״כ לא שייך משום זכי, ומעתה אף שמדברי רש״י ז״ל אין הכרח איך הוא סובר לענין בע״כ מ״מ קשה דלפמ״ש פרש״י ז״ל מוכרח מגמ׳ וא״כ קשה על הני דסוברים אפי׳ בע״כ א״כ מ״ט דבפקדון למאי דמהני דמשום שיעבוד כגעו בה וגם דע״כ ידע טעם של פקדון ולא הקשה אלא מ״ט במלוה וא״כ הא טעמו של הפ״י ז״ל לא שייך כלל דהא אפי׳ בע״כ קונה וא״כ קשה מ״ט בפקדון ולע״ג. — אם לא כאמר דמשום דאיכא הן כזכי במעמ״ש ברלון הנפקד והוי קנין תורה. תיקנו חז״ל גם בע״כ שיקנה ומש״ה הי׳ ניחא בפקדון אבל במלוה דליכא דין תורה כלל דליתא בעינה קשה. — אבל העיקר נראה כמ״ש הגאון קה״ח ז״ל דהא דפרש״י ז״ל מ״ט דליתא בעינה היינו משום דבפקדון לק״מ מ״ט תיקנו חז״ל קנין מעמ״ש דכן כאו חז״ל לתקן קנין זה משום תקנות השוק ומאי קושי׳ על קנין שתיקנו הם ז״ל כמו שתיקנו קנין אחר דרבנן ולא קשה אלא על מלוה דהא ליתה ברשותו להקנותה. כלל ועי״ז לריך למשכח בה טעמא. ועיין לעיל כלל א׳ דין ה׳ מ״ש בדעת רש״י בשם מהריי״ט. — וגם על מלוה מסיק דהוי הלכתא בלא טעמא כלל — אבל פקדון הוי קנין זה קנין דרבנן כמו שאר קנין דרבנן ודו״ק:

והנה המקנה על קדושין מ״ז הקשה דאמאי לריך לתקנו מעמ״ש הא כשיאמר המלוה ללוה אני מוחל לך החוב וישתעבדו נכסיך לשלם לפלוני ישתעבד לפלו׳ מדין תורה מדין עבד כנעני שאמר רבא בקדושין דף ז׳ וכו׳ המקנה ז״ל דהא דלא מהני כן משום דהוי מלוה ומלוה לא קנה לא במכירה ולא בשיעבוד וא״כ לדעת הר״מ ז״ל דמלוה קונה לא הי׳ לריך למעמ״ש אלא דהר״מ ז״ל מש״ה לא פסק הך דרבא דע״כ לענין ממונא כן כ׳ המקנה ז״ל ע״ש. — והא דלא הקשה המקנה דלפ״ז קשה גם לדידן אמאי לא תיקנו שימחול לו החוב ויקנה השיעבוד לפלו׳ ע״י הנאת מחילת מלוה שהוא קונה לכ״ע י״ל דלק״מ דאיך ישתעבד לפלו׳ אחר לא לוה ממנו הא אין שיעבוד בלא הלוואה וכלאמרי׳ מנה אין כאן משכון אין כאן דלא שייך שיעבוד אלא אם יתחייב תחילה במעות ובשלמא להר״מ דמהני בכל המלוה שפיר קנה השיעבוד ע״י שיתחייב זה הלוה לפלו׳ במנה זו שזה המלוה מחל לו ובמחילה זו נתחייב לפלו׳ המנה ונשתעבד עליה. אבל אם אין מקנין במלוה אלא בהנאת מחילה וא״כ הנאת מחילה זו לא שויה אלא פרוטה ולא נתחייב לו זה הלוה לפלו׳ אלא פרוטה זו וא״כ גם שיעבוד לא ישתעבד לו יותר מפרוטה דאין לומר שזה יקח פרוטה וישתעבד לפלו׳ על מאה זוז דהא לא לקח יותר והבן זה כי זהו ברור:

ואמנם אומר אני שגם קושי׳ המקנה ז״ל לק״מ לפמ״ש לעיל כלל א׳ דין ה׳ דלפי׳ הר״מ ז״ל שסובר מלוה קנה לא קנה אלא משום שכבר נשתעבדו אותן נכסים להמלוה מיד כשנתן מלוה לו המעות דשיעבודא דאו׳ וא״כ כל נכסיו נשתעבדו וכשלוקח עתה בחותה מלוה מאותן נכסים שנשתעבדו מכבר הרי מלוה זו כיתנה מתחילה בתורת קנין על אילו נכסים והוי כמו שמקדש לאחר ל׳ יום דמקודשת אפילו כשאכלו המעות משום דמתחלה בתורת קדושין נתן לה וכן כאן מתחלה בתורת קנין זה נתן שאם לא ישלם יהיו הנכסים נקנים לו בחותה מלוה ומש״ה מהני במכר אף דלא מהני בקדושין ופ״ש שדברים של טעם הם וא״כ לפ״ז לא מהני כאן שאם יאמר זה הריני מוחל לך את החוב א״כ כמחל גם שיעבודו ולא יכול תו להשתעבד לפלו׳ שיעבוד חדש ע״י מלוה

מלוה זו דהא לא נתנה אותה המלוה על שיעבוד חדש לאחר וגם הרי"ט מודה בהא דכמו דלא מהני מלוה בקדושין כן נמי לא מהני במכר, דלא מהני אלא במכר שקונה שמלוה הראשון מן הלוה מאותן נכסים שהן משועבדים לו מתחילה בנתינת המלוה וכ"ז ברור ונכון מאוד בס"ד:

דין ב.

אי דוקא במתנה או אפי' בחוב ואי נפטר מחובו.

הנה הרי"ף הביא בהמקבל דעת גאונים דלא תיקנו מעמ"ש אלא במתנה אבל לא בחוב. וטעם שלהם דהא קיי"ל כרבה דחוזר על בה"ב שם בהמקבל וא"כ זה סותר לדין של מעמ"ש דכיון דקנה א"כ אינו חוזר והרי"ף שם דחה דבריהם ז"ל והביא ראיה מהנהו גינאי שם בגיטין שנתנו בעסקא של השכירות ומ"מ אמר דמהני מעמ"ש ועיין סה"ת שהרמב"ן דחה ראיה זו — ובגדולי תרומה הקשה על שכתבו הראשונים ז"ל דס"ל דוקא מתנה וא"כ מה יענו לסוגי' דקידושין דפליגי במלוה ע"ש ובמעמ"ש ושם הא לא הוי במתנה אלא בקידושין ע"ש: ולענ"ד ליישב דלכאורה בלא"ה כל סברתם צריכא ביאור דלמה יתקנו חז"ל מעמ"ש רק במתנה לחודא הא אין בזה שום תקנת השוק ולמה לא יתקנו ג"כ בחוב כמו שתקנום במתנה — אשר ע"כ נראה לדעתם ז"ל דודאי גם במקח וממכר תיקנו מעמ"ש כמו במתנה דהיינו מי שלוקח בשוק חפץ ואין לו מעות תיקנו שיכול ליקח ע"י שמעמידו אצל בעל חובו ויעשה קנין דהא ודאי גם הראשונים הללו מודו דכל עיקר התקנה משום תקנות השוק כנעשה ומה שכתבו במתנה לא באו למעט אלא שאם נתנה בחובו כגון ראובן חייב ללוי ושמעון לראובן בזה לא תיקנו כלל מעמ"ש והטעם שלהם נראה משום דבכה"ג לא צריך למעמ"ש שיקנה מתקנת חכמים אלא מדינא קונה אם יפטור לוי את ראובן מחובו במעמד שמעון ושמעון שתק ורצה וא"כ חייב לו שמעון מדינא מה שהי' חייב לראובן וכן הקשה הריטב"א על הרי"ף שסובר דראובן נפטר מחובו של לוי ואין לוי יכול לחזור על ראובן א"כ למה לנו תקנת חז"ל הא חייב שמעון מדינא שעל ידו נפקע שיעבודו של לוי ועיין לקמן, וא"כ מש"ה סברי הני ראשונים ז"ל דלא קנה כלל ע"י מעמ"ש ולא נפטר הלה מחובו מה"ט גופא דלמה הי' לחז"ל לתקן כן בב"ח הא בקל יכלו לעשות שיהי' מהני מד"ת ע"י שיפטרנו בפירוש ויופקע שיעבודו על ידו של שמעון ושמעון נתחייב ומש"ה לא תיקנו אלא במתנה דליכא תקנה אחרת ומקח וממכר כמתנה דמיא בהא שא"א שתקנה מה"ת דהא לא הי' חייב לו מקודם ולא נפקע שיעבודו ולא הפסיד כלום על ידו אלא שלא נקנה המקח וכן בקידושין לא נתקדשה האשה אי לא קנה וכל שא"א לעשות קנין תורה במעמ"ש ודאי שתיקנו חז"ל דקנה כמו במתנה ומה שנקטו מתנה היינו לאפוקי שאם נתנה בחובו שחייב מקודם אבל כל שלא חייב לו מקודם ה"ז בכלל מתנה וזה ברור:

אלא דלפ"ז יש לתרץ גם קושי' הרי"ף ז"ל מהנהו גינאי אף אי גרסי' דיהבי למרה דארעא בעסקא די"ל שנתנו לו בשכירות השדה לו אח"כ מהיום והלאה ולא בחוב של שכירות שהיו חייבים מכבר ובזה גם הני ראשונים מודו דליכא תקנה של מעמ"ש דהא לא בחוב נתנו ולא הי' באפשרי ע"י שיפטרם מחובו וצריך לתקנה של מעמ"ש דרבנן כמו מתנה ודו"ק — אחר זה מצאתי בריטב"א קידושין מ"ח ע"א ד"ה ומלוה שכי' וז"ל וי"מ כי במתנה שאני נותן לו דומיא דהא דאמה או בפרעון חוב עכ"ל — והנך רואה שהוא מדמה אמה למתנה ולא לחוב:

והנה הרי"ף וכמה ראשו' ז"ל סוברים דאם נתנו במעמ"ש לבעל חובו כיון שקנה תו נפטר הלה מחובו ואינו יכול לחזור עליו וע"ש פ' המקבל שתירץ הא דרבה דחוזר ע"ש והקשה הריטב"א בקידושין דא"כ אמאי אמרי' דגם בב"ח הוי מעמ"ש הלכתא בלא טעמא הא מדינא קנה ונתחייב לו המומחה שהרי על ידו נפקע שיעבודו של זה וע"ש דמש"ה חולק על הרי"ף וסובר דלא נפטר אלא אם פטרו בפירוש — ולכאורה הא עדיין קשה למה לנו לחז"ל לתקן בב"ח תקנת מעמ"ש מדרבנן הא אפשר שיפטור אותו בפירוש ועי"כ יהי' נקנה לו מה"ת — אלא דלק"מ שהם תקנו מעמ"ש היכא דלא פטרו בפי' כגון בשתק שלא נפטר ומ"מ קונה וכמו שתיקנו במתנה כן רצו לתקן גם בבע"ח שלא יצטרך לפטרו דוקא אבל לדעת הרי"ף שנפטר בכל ענין שפיר הקשה הריטב"א דלפ"ז הוי מדינא קנה ונשתעבד המומחה — והש"ך דחה קושי' הריטב"א וכ' דאחר שתיקנו חז"ל מעמ"ש שקנה זה ואין הממחה והמומחה יכולין לחזור בהם אז איכא לסברת הרי"ף ז"ל שגם המקבל אינו חוזר תו על הלוה שלו אבל אם לא היו מתקנין קנין מעמ"ש וכקושי' הריטב"א אז היו כולם יכולין לחזור וגם המקבל הי' יכול לחזור ממילא וא"כ ל"ק קו' הריטב"א דאמאי צריך בב"ח למעמ"ש ניקני מדינא זה אינו שאם לא קנה מעמ"ש לא נפטר ולא גרם לו זה שום הפסד ולכאורה יפלא באמת על הריטב"א ז"ל איך נעלם ממנו סברת הש"ך ז"ל:

ואמנם אחר העיון קצת נ"ל שצדקו דברי הריטב"א שהוא סובר דע"כ א"א לומר בדעת הרי"ף דהטעם משום שקנה ואין הממחה והמומחה יכולין לחזור ומש"ה יהיה הממחה נפטר זה אינו דסברא זו להיפוך שאם הי' הממחה זה נותן המעות לשליח שיזכה לזה המקבל והי' אומר לו זכה לפלו' דאז נמי זכה שליח זה למקבל עד שאין הממחה הי' יכול לחזור בו כדקיי"ל כרב בגיטין דף י"ד בזה שאינו חוזר ומ"מ עד שלא באו המעות לידו של מקבל לא נפטר הלוה מחובו משום שלא אמר לו המלוה שלא לי ביד פלו' וא"כ הרי דאינו שקנה זה המעות ואין כאן חזרה מלוה ושליח ומ"מ המקבל חוזר על הלוה כשיכלה עד שלא קיבלם וא"כ גם כאן בשביל שנעשה קנין ע"י מעמ"ש אין קנין זה מכריח שלא יחזור עליו בעוד שלא קיבל מעותיו — וא"כ ע"כ סברת הרי"ף הוי משום שהיו שלשתן יחד והמקבל הזה שמע ושתיק וקיבל עליו והוי כמו שיאמר ללוה שלא לי ביד פלו' דאז כשאמר לו תו לא מצי חוזר עליו וכן כאן אותה השתיקה ששתק וקיבל הוי כמו שפטרו בפירוש וזהו סברת הרי"ף ע"כ. — וא"כ שפיר הקשה הריטב"א דא"כ אפי' אם לא תיקנו חז"ל קנין מעמ"ש מ"מ הרי שתיקה זו הוי כפטרו וא"כ תו לא מצי חוזר וחייב זה לשלם לו מדינא דהרי על ידו נפקע שיעבודו ולמה לו קנין מעמ"ש בלא טעם לזה ואין טענת הש"ך ז"ל על הריטב"א שום טענה ודו"ק כי הדברים ברורים מאוד וקשה קו' הריטב"א דמלבד הקנין אפשר שקנה שפיר ומ"מ יכול לחזור עד שלא קיבל כמו בשליח שזכה וקנה והוא חוזר ומלבד השתיקה ששתק זה ועי"כ נפטר א"כ אפי' בלא קנין חז"ל נמי חייב המומחה ואף כי יש לדחוק ולתרץ קו' הריטב"א ולומר דדוקא משום דקונה מהני שתיקתו והוי כקיבל עליו שיפטור את לוה שלו משום דהא הוא יודע שהמעמ"ש קונה ולמה שתיק משא"כ אי מעמ"ש לא הוי קנין אין השתיקה שלו כלום דהא יודע דלא הוי! אלא דברים בעלמא. — אבל מ"מ הוי זהו דוחק להריטב"א ז"ל דהא אי משום שתק וכן ל"ל א"כ אפי' לא קנה כל שאומר הלוה להמומחה תן אותו מנה שאתה חייב לי לפלוני והלה שתק הלא סבר וקיבל לדעת הרי"ף שלא יחזור עוד עליו אלא יתבע מהמומחה את שלו כמו דמהני שתיקתו אם קנה דאין הסילוק מוכרח כנ"ל. — ואמנם נ"ל לתרץ קו' הריטב"א וכאמור דהרי"ף ז"ל סובר דמעמ"ש איתא אפי' בע"כ של המומחה וא"כ ל"ק אמאי הוצרכו לתקן דשפיר הוצרכו דהא אף שהמקבל פטרו את הממחה מ"מ כיון שהמומחה לא נתרצה לכל הדבר א"כ איכי חייב ליתן לו מדינא דעכבות דלא מינו ערב בע"כ ויכול לומר מי הזקיקך לפטור אותו הלא אני לא רציתי. — וא"כ מדינא לא קנה ואין המומחה חייב לשלם לו אלא מתקנת חכמים ומ"מ אינו חוזר עליו כיון ששמע ושתק. — אבל הריטב"א ז"ל שהקשה הוא הולך לשיטתו דכל מעמ"ש ליתא בע"כ אלא מרצונו וא"כ שפיר הקשה דלא הי' לחז"ל לתקן בבע"ח כלום דהא מדינא חייב שנתרצה והלה פטר את הלוה שלו על ידו. — ומיהו אין תי' זה עולה לדעת הרמב"ן ז"ל שהוא סובר ג"כ כשיטת הרי"ף שאינו חוזר עליו ונפטר ועליו ז"ל קשה ג"כ קושי' הריטב"א ולא שייך תי' שלי דהרמב"ן ז"ל הוא ג"כ סובר דמעמ"ש לא מהני אלא מדעתו:

אמנם למדתי מדברי הכ"מ תי' נכון על קו' הריטב"א דהנה הכ"מ ז"ל כ' פי' מציאה דנראה לו דהא דאין יכול למחול במעמ"ש תלוי' בפלוגתא זו אם נפטר הלוה מחובו או לא דלפי' הסוברים דנפטר א"כ אין לו שום תפיסת יד בחיוב זה ואין יכול למחול ולהסוברים דלא נפטר לא ניתק עדיין ממנו כל החוב ויכול למחול ע"ש דאף שמלא בעוד דאינו נפטר ומ"מ סובר דלא מחל מ"מ נראה לו להכ"מ סברתו. — ולכאורה סברא זו צריכא הסבר דמה בכך אי נפטר או לא. ונראה להסביר דהא דמהני מחילה בשטר שמכר ה"ט משום דלא מכר אלא שיעבוד נכסין אבל שיעבוד הגוף עדיין גביה הוא כמבואר בפוסקים:

וא"כ שפיר קאמר הכ"מ ז"ל דאי אמרינן דנפטר הלה אף שלא פטרו בפירוש ומשום שתיקתו לא הי' סברא שיפטר אלא ע"כ ה"ט משום שעשאו חז"ל כ"כ קנין של מעמ"ש דהוי כקונה ובא לידו ממש ומש"ה אף דאם הי' אומר לזה הולך מנה זו לפלוני או זכי מנה זו לפלוני דג"כ זכה זה וקנה בעבורו ומ"מ עד שלא באו לידו המעות יכול לחזור על הלוה מ"מ כאן אינו חוזר עליו ולא משום שנעשה בפניו ושתק דזהו השתיקה לא הוי מידי דשתיק משום שסבר שזה יתן לו אבל אם לא נתן יכול הוא לחזור. אלא ע"כ צ"ל שהסילוק הוי משום דשם הא לא באו המעות לידו של המלוה ומש"ה אף שקנה אותן עד שאין הלוה יכול לחזור מ"מ עדיין לא נפטר עד שיבואו לידו אבל במעמ"ש קנה כ"כ עד דהוי כבאו לידו ממש ומש"ה נפטר וממילא דמש"ה ג"כ אינו יכול למחול דהא נסתלק לגמרי וכל המעות של המלוה הוי כבאו לידו משל המקבל והוא הלוה אותם למומחה זה אבל למאן דסובר דלא נפטר אף שקנה הוא סובר ע"כ דלא הוי כבאו לידו ומש"ה אף שקנה מ"מ לא קנה אלא השיעבוד נכסין אבל גופה של מלוה לא קנה ואף דמהני הקנין לענין שאינו יכול לחזור בהם הלוה הממחה ולא המומחה מ"מ לא נפטר דלא עדיף מאם זוכה אותם על ידי שליח זה וא"כ כיון דלא הוי כבאו לידו כשנשאר עדיין גוף המלוה ביד הממחה ומש"ה מחיל נמי זהו סברת הכ"מ ז"ל

ז"ל. — ומעתה ל"ק קושי' הריטב"א דהא ודאי אם לא תקנת חז"ל לא הי' נפטר דלא מהני השתיקה שלו כלום אם לא פטרו בפירוש אלא אחר שתיקנו חז"ל תיקנום כ"כ דהוי כמו שבאו לידו כל המעות ומש"ה נפטר לגמרי. ועיין ר"ן שם שכ' דמש"ה לא תיקנו מעמ"ש בגט ולא עשו שאינו זוכה כזוכה משום שלא תיקנו בחוב ומוכח דסובר הר"ן דהוי כבא לידו ממש ודו"ק. והנה הש"ך מצא ברמב"ן להיפך מסברת הכ"מ דהרמב"ן סובר דנפטר ומ"מ סובר ג"כ דמוחל. ונראה דמ"מ סברתי בזה דנפטר דהוא משום דקנה לגמרי כמו שבאו לידו לא כדאית דהיינו טעמא דמ"מ מצי מחיל לרמב"ן ז"ל משום דהוא הא סובר מכירת שטרות דרבנן ומי' דמש"ה מוחל במכש"ע משום דהקנין אינו אלא דרבנן ומחילה דאו'. וא"כ גם כאן מש"ה סובר הרמב"ן דמוחל אף דנפטר וקנה לגמרי מ"מ כל זה דנפטר וקנה לגמרי לא הוי אלא מדרבנן וא"כ מה"ת לא נפטר ולא קנה והמחילה הוי דאו' ומהני יותר מהקנין כמו במכש"ע:

דין ג.

משכחת מעמ"ש שהוא דאו'.

הנה לפי מה שהבאתי בהקודם אם פטרו המקבל את המומחה לגמרי ונפטר מחובו אז המומחה חייב לו מה"ת דהא על ידו נפקע שיעבודו. ולפ"ז נראה שאם קנה ראובן פרה משמעון ונתן לו בעבורה חובו שיש לו על לוי במעמ"ש ופטר שמעון ממעות הפרה אזי קנה החוב של לוי מדינא דהא הפרה ניקנית לראובן וליתא בחזרה וא"כ ע"י שמעון הפסיד את מעותיו. — ולפ"ז גם בקדושין שאם קידש ראובן אשה בחובו של לוי במעמ"ש וא"כ האשה מקודשת עכ"פ מדרבנן והיא פטרה את בעלה ראובן ממעות קדושים ע"י שמעון וא"כ כיון דע"כ היא מקודשת והפסידה את מעות קדושיה וחייב לה לוי מדינא באותן מעות מדינא והוי קדושי תורה לכ"ע דהא ודאי כ"ע מודי בגזל מעות שהם שלו מדרבנן איכא גזל תורה דהא כיון שיש לו מעות שהם שלו מ"ל מדרבנן מ"ל מה"ת סוף סוף שלו הם וא"כ גם כאן כיון שהאשה הפסידה את שלה חייב המומחה לשלם לה מה"ת. עוד יש לנו כ"מ כגון בנכרי שחייב לישראל והישראל המחהו לחבירו דמדר תקנה של מעמ"ש לא תיקנו בנכרי אלא בישראל כמ"ש האחרו'. אבל אם פטרו הישראל את הנכרי מחובו ע"י הישראל שקיבל אז מהני אפי' בנכרי דבכה"ג הוי דאו' שהרי על אמונתו פטרו. — וכן מצאתי מפורש בתשו' הרשב"א ח"ב הנקרא תולדות אדם סי' שע"ז ע"ש:

כלל יא.

מכירת שטרות.

דין א.

מכירת שטרות אי דאורייתא או דרבנן.

הנה פליגי בה הראשונים יש סוברין דהוי מה"ת ולפי דעת הש"ך הם הרוב ויש סוברים דהוי דרבנן, וטעם מחלוקתן לא נתבאר יפה שלא נמצא אלא ראייתם דהסוברין דרבנן הביאו ראיה מדמצי מחיל ע"כ המכירה דרבנן דאי דאו' א"כ אמאי יכול למחול והסוברים דאוריי' אמרו דמש"ה מוחל משום דלא חלה המכירה אלא על שיעבוד נכסים אבל שיעבוד הגוף אינו במכירה ולכך כשמחל שיעבוד גופו גם שיעבוד נכסין תו ליתא אבל עיקר פלוגתתם אמאי לא הוי דאו' להסוברים כן לא נמצא מבואר — ולמדתי מדברי התוס' ב"ב ע"ו דה"ע דלא הוי מה"ת משום דלא הוי ברשותו להקנות את המלוה ולא את השיעבוד לרבא דסובר מכאן ולהבא גובה ע"ש ע"ב בתוס' ד"ה קני וגם בא"ד דף ע"ז ע"א, ולפ"ז הי' נראה לכאורה דלשיטת הבעל המאור ז"ל דמלוה ברשותו להקדישה וכמו שהובא שיטתו לעיל דלפי דעתו הוי מכירת שטרות דאורייתא — אבל אין זה אמת אלא דאפי' להנך הסוברים מלוה ברשותו מ"מ יכולין לסבור דמכירת שטרות הוי רק דרבנן ולפי דעתי ה"ע דעתן דסובר דרבנן משום דאף שהמלוה ברשותו היינו להקדישה דכיון שההקדש חל ע"י אמירה ול"צ שום קנין ומש"ה מהני ההקדש על ההלואה גופה דהיינו שאם הוקדש את השוה של ההקדש והלוה חייב להקדש אבל בהדיוט שצריך לעשות המכירה ע"י קנין לא נמצא מה"ת שום קנין שיכול לעשות על מלוה דאפי' מסר השטר ואפי' כתב קני לך מ"מ הא השטר הזה אינו אלא לראיה בעלמא ועל מה נתפס הקנין דהשטר לא הוי אלא דברים בעלמא — ועי"כ הקשו שם בתוס' דאמאי לא יחול הקנין על השיעבוד שהיא קרקע ונקנית בשטר ותי' דלרבא דמכאן ולהבא גובה וא"כ אין כאן שיעבוד להקנות — ועפ"ז ניחא ליישב מה שמצאתי בשמ"ק על ב"ב שם בסוף קושי' התוס' בשם עליות רבינו יונה על הראיה שהביאו התוס' דמכש"ע מדרבנן מהא דאמר בב"ב במתנה שכ"מ מרע אא"ב דאו' מש"ה אינו

מוחל אלא א"א דרבנן אמאי אינו מוחל והוכיחו התוס' מהא דהא דמוחל במוכר שט"ח ע"כ ה"ע משום דהמכירה מדרבנן, וקשה מאוד הא א"כ שהמכירה מדרבנן והיינו שאינו יכול למכרה ולכתבה מה"ת כלל וא"כ איך חל עליה מתנת שכ"מ מה"ת הא אין ברשותו להקנותה כלל. אלא ע"כ דמש"ה חלה המתנה שכ"מ משום דהוי כירושה וא"כ הא זהו התירוץ שתי' ר"ת וראיית התוס' ליתא:

והנה הרבינו יונה שהקשה כן ודאי היה סובר דמש"ה לא הוי מכירת שטרות מה"ת משום דאין המלוה ברשותו להקדישה כלל — אבל לפמ"ש דלעולם הוי ברשותה אלא דליכא שום קנין להקנותה לק"מ דהתוס' הביאו ראי' דע"כ הוי מדרבנן ומאי טעמא דכל דבעי קנין לא חל הקנין על המלוה וכתיבת השטר לא הוי קנין והא דמהני במתנת שכ"מ מן התורה ה"ע דלהסה"א דבמתנת שכ"מ הוי דאו' הי' סובר דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין כהקדש דמי דלא צריך שום קנין ומש"ה מהני ובמכירה הוא דלא מהני משום דצריך קנין אבל לעולם לאו מטעם דכירושה דמי מהני במתנת שכ"מ, ור"ת קמדמי להסה"א מש"ה אינו מוחל משום דכירושה הוי ודו"ק. — והנה זהו הטעם למ"ד מכש"ע לאו דאו' משום דעל המלוה גופה ליכא שום קנין (וקנין אגב מהני באמת אבל הוא קנין דרבנן) ועל השיעבוד ג"כ לא מהני קנין שטר דאנן כרבא דמכאן ולהבא גובה, ומכש"כ להסוברים דמלוה גופא אינה ברשותו כלל להקנותה ולהקדישה ודאי לאו דאו'. ור"ת ודעמיה הסוברים מכש"ע דאו' הם סוברים דאף דמכאן ולהבא גובה מ"מ יש בהם עכ"פ קנין קלא דהא נשתעבדו נכסיו ויכול למכור אותו השיעבוד מה"ת וחל הקנין לענין זה שהלוקח קנה אותו החוב וישתעבדו מן הלוה. ודבר זה למדתי מלשון הריטב"א ז"ל. — והא לך לשון הריטב"א סוף פרק הזהב בחדושים הנוספים שם לפרק זה וז"ל הא דגרסי' ב"ב הא דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול מגדם שמואל כו' ולסברא זו לא מליכו מכירת שטרות מדאו' וא"כ קשי' הא כו' פירש הרב דודאי מכירת ונתינת שטרות דאורייתא מיהו אינו יכול למכור גוף ההלוואה דליתה בעין ולהוצאה ניתנה אבל שיעבוד קרקעות שהוא בעין הוא מוכר ועל השיעבוד חלה המכירה אפי' מה"ת אבל גוף ההלוואה לא חל קניה מן התורה והיא ברשות מוכר ויכול למחול ואי מחל לה פקע ליה שיעבודא דאידך ממילא משום שהשיעבוד תלוי במלוה והיא עיקר וכשהמלוה בטלה השיעבוד בטל כו' ולפי מה שפירשנו לדברי הרב אם מכר שט"ח לחבירו וחזר שקנה אותו מחל אותו אין מחילתו מחילה לפי שיכול לומר לא מחלתי אלא מה שקניתי והוא השיעבוד אבל גוף ההלוואה לא קניתי ואין בידי למחול והיא מלוה ע"פ עכ"ל הצריך. — וכתב עוד ד"ה עוד הוצרכתי לבאר כו' משום דקשיא לי והלא אינו יכול להקדישו משום דקיי"ל כרבא דאמר בפסח ראשון מכאן ולהבא גובה ואי אקדים מלוה לא קדום כו' איכה מתנה והלא לסבור דברי הרב כנכם דאינו יכול להקדים גוף הקרקע ע"ד שיהי' שלו מיהו אם הי' מקדים השטר חוב יחול עליו הקדש בענין הזה שאנו אומרים במכר שיהי' כשוה להקדש לתבוע החוב ולכשיתברר שיעבודו יחול עליו הקדש מכאן ולהבא וליכא למימר הכי נמי ומי איכא מידי כו' דכיון דיש עליו קנין כל דהוא לגבי השיעבוד מחמת אותן הקנין מתפשט ההקדש בקרקע כשיגבנו בחובו כו' ואפי' לרבא דאמר מכאן ולהבא גובה מודה הוא שיש לו קניה באותן קרקעות למפרע כו' דגבי הקדש כשותו מעש בעינן כו' מיהו אם הי' מקדים השטר חוב של ההקדש באותו כח שיש לו בשיעבוד יכה השטר שהוא ברשותו ויתבע ההקדש החוב כמו קונה שט"ח מחבירו עכ"ל הזהב ע"ש. — העתקתיו משום שלמדתי ממנו טעם הסוברים דאורייתא וכמ"ש שחל המכירה על השיעבוד ועל ידו נקנה החוב והחולקים ס"ל דכיון דלרבא מכאן ולהבא גובה אי אפשר להקדים את השיעבוד וגם להקנותו א"א מה"ת כלל:

והקשה בתומים דלפ"ז לאביי דלמפרע גובה חלה המכירה מה"ת וא"כ אינו יכול למחול וכי פליג אדשמואל דאמר מחלו מחול וכן לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ועיין בקצה"ח ס' ס"ו ס"ק כ"ו:

ולענ"ד נראה דודאי טעמא בעי דהא התוס' וכן הריטב"א נקטו רק לרבא דמכאן ולהבא גובה ומשמע מדבריהם דלאביי דלמפרע גובה איכא קנין ושיעבוד יותר וא"כ המכירה מה"ת אליבא דאביי יקשה — ונראה לי לתרץ ע"פ מה שבארתי בסוגי' דשיעבודא דאו' — והוא דהנה הקשה הפ"י על התוס' גיטין דף כ' ד"ה כיון שכתבו שם דאביי סובר שיעבודא דאורייתא וקשה הא אביי דסובר למפרע גובה והוא ע"כ סובר שיעבודא דאורייתא דאי היה סובר לאו דאו' א"כ ודאי דאינו גובה למפרע דאי כיון דאפי' אי לאו דאו' מצי גובה למפרע א"כ קשה מאי פריך שם ב"ב אדרבה מהא דאמר גבו קרקע יש לו ומוכח דסובר רבה שיעבודא דאו' הא דילמא לעולם לאו דאורייתא והא דיש לו ה"ע משום דלמפרע גובה וא"כ הוי כמאן דגבה בחיי אביהן אלא ודאי דאי לאו דאורייתא ודאי דאין לומר למפרע גובה וא"כ אביי דסובר לאו דאורייתא לשיטת התוס' איך סובר למפרע גובה וע"ש שהניח

שהביא דברי התוס' בל"ע ליישב. — ונלענ"ד ליישב דהנה שיטת רש"י בקידושין דאף אי שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ בשטר וכתב לו בפירוש מהני וכן משמע הסוגיא שם בקידושין והקשו האחרונים הא אי שיעבודא לאו דאורייתא היינו דלא מהני קנין לחצאין וכמ"ש הריטב"א שם וא"כ איך מהני מה ששעבדן הוא בפירוש — וי"ל דה"ע דאם שיעבדן בפירוש הוי כמו שהותנה שאם לא ישלם לו ובא לגבות אזי כל קרקע שירצה לגבותה תהי' אותה קרקע קנויה לו מלמפרע באותן המעות שקיבל ומש"ה גובה אף מנכסים משועבדים דהא כל קרקע שירצה לגבות בחוב זה היא קנויה לו משעת הלוואת המעות לגמרי ואין זה מתנגד לדין ברירה למי שיודע דיני ברירה — ועפ"ז נראה ליישב הא דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ התקינו רבנן שיעבוד קרקעות למלוה בשטר כדי שלא תנעול דלת, וקשה הא הא דלא מהני מה"ת משום דאין קנין לחצאין א"כ איך יעשו חז"ל קנין לחצאין כיון דלא מהני כלל ולא נקרא קנין כלל, אבל לשיטת רש"י א"ש מאוד דהא אם שיעבדן בפירוש מהני דהוי כהותנה וא"כ כן עשו חז"ל בכל שטר דהוי כמו שהותנה בפירוש שיקנה למפרע:

ומעתה בא וראה דלק"מ קושי' הפ"י דאדרבה פלוגתא דאביי ורבא בהכי הוי דרבא סובר שיעבודא דאורייתא ומיד כשהלוה קנה הנכסים כולן לענין קנין קצת של שיעבוד דהוא סובר יש קנין לחצאין ומש"ה סובר דכשנגבה לא גבה מלמפרע ולא מהני מה שהקדים מלוה קודם דאותו קנין קצת שיש בו לענין שיעבוד לא מהני להקדישה דהא לאו כגופו ממש וכמ"ש הריטב"א הנ"ל — אבל אביי לשיטתו שהוא סובר שיעבודא לאו דאורייתא וא"כ ע"כ הא דתקנו רבנן שיעבוד אף דלא מהני קנין לחצאין כלל היינו משום שהם תיקנו שיהי' כמו שהותנה שיקנה את הגבוי מלמפרע כשנתן המעות ובאותן המעות יקנה את הקרקע וע"כ צ"ל כן דאל"כ איך יגבה מקרקע שמכר הלוה אחר שהלוה לו המעות הא קנין לחצאין לא שייך אלא ע"כ למפרע גובה ומש"ה מהני ג"כ מה שהקדים מלוה דהא קנה אותה מלמפרע, והא דפריך בב"ב על רבה מהא דגבו קרקע יש לו היינו משום דאי שיעבודא דאוריית' א"כ מיד כשהלוה אביהם קנה מקצת קנין באותן נכסים לקנין שיעבוד וקרינן בהו בכל אשר ימצא לו, ואף שבאם יתן הלוה מעות יופסק השיעבוד ולא יטול הבכור פי שנים מ"מ כל שגבו קרקע הרי קרקע זו קנויה היתה לאביהם קצת מעת שלוה והרי הוא מאשר ימצא לו, והוי מוחזק, אבל אי שיעבודא לאו דאורייתא א"כ כל זמן שהי' אביהם חי לא הי' על קרקע זו שום קנין א"כ לא קרינן בי' מאשר ימצא לו ואף דאם גבו קנה אביהם למפרע מ"מ הא כיון שאם לא יגבו אלא מעות לא יהי' לו בהם כלום לא הוי מוחזק אלא ראוי דהא בשעה שמת לא הי' כאן שום קנין בקרקע זו וגם לא הי' מוכרח לבוא לידי קנין וא"כ לא הוי מוחזק אלא ראוי ואין הבכור נוטל בו כלום כ"ז נראה לי ברור:

והשתא גם קושי' התומים לק"מ דהא שהביאו התוס' רק לרבא ולא כתבו לאביי כלום היינו משום דלאביי הא הוא סובר שיעבודא לאו דאו' ואין קנין לחצאין וא"כ ודאי דמכירת שטרות לא הוי מה"ת כלל דהא ליכא שיעבוד קרקע ומה ימכור ולא הי' קושייתם אלא למאן דסובר שיעבודא דאורייתא דאמאי לא יוכל למכור אותו שיעבוד ועי"ז תילו שפיר דרבא שסובר כן הא מכאן ולהבא גובה וא"כ לא מהני עתה מכירת שיעבוד:

עוד למדתי מדברי הריטב"א הנ"ל דבר חדש דהא שכ' הרי"ת דמש"ה יכול למחול אף דמכירתן מה"ת הי"ע משום דשיעבוד שגוף אינו במכירה ופירשוה האחרונים דהיינו מה שגוף הלוה משועבד לשלם חובו למלוה והריטב"א פירש דהיינו גוף המלוה איכא במכירה משום דאיכא בכחו להקדישה ולהקנותה, וזה לא יתכן לדעת האחרונים הסוברים מלוה בכחו להקדישה כמו שהבאתי לעיל ומש"ה כלו מלפרש כהריטב"א ופירשו שיעבוד שגוף דאינו במכירה היינו גופו של לוה שמחויב לשלם ודו"ק:

דין ב.

שטר של קנייה אם עשה קנין אחר.

הנה שטר של קנין קרקע הוי לענין מכש"ע כמו שט"ח דלמ"ד דרבנן גם בשטר זה לא הוי מכירה אלא מדרבנן, ויש כאן לבאר הא התוס' והאחרונים כתבו דהא דלא מהני מה"ת מכירה לשט"ח אף להשיעבוד קרקעות היינו משום דקיי"ל כרבא מכאן ולהבא גובה וא"כ לכאורה קשה הא תינח שט"ח אבל שטר שקנה בו קרקע א"כ אותה הקרקע הא שלו היא מיד ויכול למכרה מה"ת וא"כ שטר זה אמאי לא נקנה מה"ת כמו הקרקע עצמה, אך זה אינו כלום דכל שטר קנין אחר שנעשה בו הקנין אין שטר זה אלא לראיה וכשט"ח דמהני לענין שיעבוד קרקעות ואחריות שע"י השטר זה משועבדים נכסי המוכר ללוקח על האחריות וזהו פשוט וכ' הרא"ש פ' ג"ש וז"ל ויראה לי הא דקאמר בשטר מכר נקנה כו' אבל אם קנה השדה בכסף או בחזקה וכתבו השטר ורא"ה כו' שהכי גם הראשון לי"ק באותו שטר ואיך ייפה כח השני כו' ול"ד לשט"ח דהתם לא שייך בו קנין אלא ממון שהלוהו נתחייב לו בע"פ והשטר נכתב לגבות ממשעבדי ובמסירת השטר קנה את השיעבוד וגם החוב בתקנת חכמים וכיון שקנה את החוב קנה גם את השיעבוד הכתוב בשטר אבל בקניית שדה לא אלים כו' עכ"ל — וכן הובא דין זה בש"ע ועיין ש"ך שם שהביא לשון הרא"ש והטור — ובקה"ח תמה הא אי שיעבודא דאורייתא א"כ קנה גם השיעבוד ע"י הלואה והשטר לא הוי אלא לראיה וא"כ קשה למאן דסובר מכירת שטרות מה"ת למה מהני אותו שטר מה"ת ע"ש. ולענ"ד לא הי' כוונת הרא"ש כמ"ש הקה"ח אלא כוונתו לומר דבמלוה שאני דכיון דליכא קנין אחר אלא ההלואה והשטר, וכשתיקנו חז"ל תיקנו שיקנה את החוב דלהחוב ליכא קנין אחר כזו שנאמר דיפה כוחו של השני מן הראשון דאילו בקרקע דהראשון עשה בה קנין אחר חוץ מהשטר וזה השני יעשה קנין ע"י שטר זה ונמצא יפה כוחו מכוחו של ראשון וזה א"א אלא יעשה גם הוא קנין אחר משא"כ במלוה אף דשיעבודא דאורייתא והשיעבוד נעשה ע"י הלואה מ"מ כיון דליכא קנין אחר ליכא לא ייפוי כח ולא הורעת כח, וזהו שכ' הרא"ש דחכמים תיקנו שיקנה החוב והשיעבוד ממילא נקנה כלה בזה דאף דעל השיעבוד הי' אפשר בקנין אחר מ"מ על החוב ליכא קנין אחר והשיעבוד הא ממילא בא מכח שקנה החוב וזה פשוט:

ואמנם לא אכחד שאני תמה מאוד על עיקר הדבר דלפי דעתי קשה לאותן הסוברים מכש"ע מה"ת ולפי מה שנתבאר לעיל לא על גוף המלוה חלה המכירה אלא על השיעבוד ואפי' לרבא דאמר מכאן ולהבא גובה מ"מ אף דלא הי' יכול למכור את השיעבוד בפני עצמו מ"מ עם השטר חוב חל המכר על השיעבוד וכמ"ש הריטב"א דלעיל ולפ"ז מה חילוק יש בזה בין אם הוא שטר ראיה או שטר קנין מה איכפת לי אם עשה לקרקע שקנה קנין אחר הא עתה הוא אינו מוכר אלא השיעבוד שבשטר זה כן בשטר קנין קרקע או בשטר הלואה הוא אינו מוכר אלא השיעבוד שבו ושטר זה שהוא מוסר ללוקח הוא אינו אלא לראיה שיגבה השיעבוד, ולולא דברי הקה"ח ז"ל הייתי אומר דכל מה שכ' הרא"ש ז"ל לשיטתו כי כן שהוא סובר מכירת שטרות דרבנן ולפ"ז יש לחלק בין שט"ח לשטר ראיה של קרקע והיינו משום דלמ"ד מכירתן הוי דרבנן נקנה גם החוב של המלוה גופה עם השיעבוד מדרבנן שכן תיקנו והא דאינו מוחל ה"ע משום דהמכירה רק מדרבנן וא"כ שפיר יש חילוק דבשט"ח אף אי שיעבודא דאורייתא ולא הוי השט"ח אלא לראיה בעלמא מ"מ כיון שקנה החוב נקנה גם השטר ולהחוב ליכא קנין אחר ולא שייך ייפוי כח משא"כ גם קניית קרקע דאיכא קנין אחר הוי ייפוי כח לשני כשהראשון עשה קנין אחר — משא"כ להסוברים מכש"ע מה"ת ולא מכר אלא השיעבוד אין לחלק כלל וכמ"ש ולע"ג: שוב מצאתי לרמב"ן ב"ב שחולק על הך דינא של הרא"ש והר"י מיגאש ועיין תומים ס"ק כ"ח ודו"ק:

גם מ"ש שם בקה"ח לחלק בין שט"ח דחל שיעבוד על שיעבוד משא"כ בקנין לא חל קנין על קנין לע"ג לענ"ד דהלא גם במוכר שטר קנין קרקע לא מכר אלא השיעבוד שבו ובזה הוא קונה את הקרקע ג"כ דאי לא תימא הכי א"כ תקשה על הרא"ש ודעימיה שסוברים גם בשטר קנין לא הוי מכירה אלא מדרבנן אמאי לא חלה מה"ת הא בעלמא שטר חוב שאין השיעבוד ברשותו לרבא דמכאן ולהבא גובה ומשא"כ בקנין קרקע הא הקרקע זו הוי ברשותו לגמרי וא"כ אמאי לא הוי מכירת שטרה מה"ת אלא ודאי דלא מכר ע"י השטר אלא השיעבוד שבו וכן מש"ה צריך שיכתוב לו ג"כ קני לך איהו וכל שיעבודיה וא"כ לפ"ז גם בשטר ראיה י"ל שיעבוד חל על שיעבוד כמו בשט"ח דהיינו דבלא השטר נמי נכסיו משועבדים לו על אחריות והשטר זה מוסיף שיעבוד וכמ"ש הקה"ח בשט"ח ולע"ג:

כלל יב.

קנין אודיתא.

דין א.

אי אודיתא קנין או חיוב.

הנה הפוסקים ראשונים ואחרונים ז"ל נחלקו בזה לשני כיתות אי אודיתא הוי קנין או לא דעת הרשב"א בגיטין וכן כ' הריטב"א ב"מ ל"מ דאודיתא לא הוי קנין אלא הודאה שנתחייב בהודאתו והובא בספר נתיבות.— וכן איתא בפי' בתשו' הרשב"א חלק ב' הנקרא תולדות אדם סי' ס"ז דהודאה לאו קנין והתוס' ב"מ וכן ב"ק ק"ד כתבו דהוי קנין דרבנן.— והקה"ח ז"ל סי' קל"ד כ' שלפי דעתו המחוור שבקניינים בחמץ למכור ע"י אודיתא שיכתוב או יאמר כן בפני עדים הנני מודה שמכרתי החמץ לנכרי זה ע"ש:

והנה לפי דעת הקצה"ח ז"ל הי' מהני אודיתא גם בקדושי אשה שאם ע"י הודאה מקנה חפץ לאשה ומקדשה בו הוי' מקודשת עכ"פ מדרבנן להרי"ו דמעמ"ש עושה קדושי דרבנן ולהב"י מהני גם לעשות קדושי תורה. וגם להפקעת קדושה בבכור כמו הי' מהני לאותן הסוברים דכל קנין דרבנן מהני גם לדין תורה מטעם הפקר בית דין הפקר וכמ"ש הר"ן לענין קנין ד"א. וא"כ הדבר יפלא לכאו' אמאי לא נזכר דין זה של אודיתא לא לענין קדושין ולא לענין בכור' ובפרט לפמ"ש הקצה"ח ז"ל דלרוב הפוסקים הוי אודיתא קנין וכמו שהביא מהש"ך סי' ס':

והנה רוב האחרונים ז"ל ר"ל דאודיתא לא הוי קנין כלל. — ואנכי מצאתי במרדכי פ' מי שמת וז"ל כי ר"ת ז"ל ל"ע אי אודיתא מהני במלוה כו' וי"ל דלא המ"ל דהא אודאה לא מהני בבריא אלא היכא שמודה שאותן המעות הוי של פלוני קודם שהלווהים אבל אם אמר בשעה שהלווהים היו שלי ועכשיו אני מודה שהם שלו לא קנה דהא לא הוי מצי מקני ליה בשום ענין אחר שהלוה אותם כו' אבל הפקדון כו' אע"פ שאותו פלוני א"י כלום בדבר חיישינן שמא זוכה לו ע"י אחר במשיכה קודם שהפקידם ביד רבא עכ"ל. — והנה פלפלתי בדבר המרדכי עם הגאון מוה' חיים לבי אב"ד דק"ק אונגוואר שיחי' וכ' לי הגאון כ"י שהמחבר בני יעקב ז"ל על העיטור פי' דברי המרדכי באופן דאודאה לא הוי קנין כלל רק חיוב ועיינתי שם בספר זה ומצאתי כן. — ולפ"ז ודאי קשה על הג' קצה"ח ז"ל ובפרט שדברי הג' בני יעקב ז"ל הם שגורים בפי הגאון קצה"ח ז"ל במקומות אחרים וכאן לא הביא כלום:

אבל אנכי פרשתי דברי המרדכי באופן שגם הוא סובר אודיתא הוי קנין אלא דהמרדכי ז"ל חידש לנו כלל חדש בדין אודיתא והוא דהא דאודיתא הוי קנין לא סגי במה שהוא מודה שהחפץ זה עתה הוא של פלוני אלא דוקא אם הוא מודה אלמפרע דהיינו שהוא מודה שזה החפץ הוא של פלוני מכבר אבל אם אומר עד עתה הי' שלי ועתה באותו רגע אני מודה שהוא של פלוני לא מהני כלום והסברא לפי דעתי דהא עתה אנו רואין שלא עשה פלוני שום קנין בחפץ זה וא"כ הא הוא שקר בודאי ולא מהני הודאה אלא מכבר. וכן למדתי מדברי המרדכי ז"ל עוד שאם הודה בדבר שא"א להיות כן לא מהני הודאתו כלום שיהיה קנין ומש"ה אמר הר"ת ז"ל דאע"פ שאותו פלוני אינו יודע כלום בדבר חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר או שמא זיכה לו המעות קודם שהפקידם ע"י אחר והנה כ"ל דוקא בכה"ג שאנו יכול עכ"פ לפרש דבריו בדרך שהוא אמת דשמא באמת זיכה לו ע"י אחר ולכן מהני אף שהיא שקר אבל אם א"א לפרשם בדרך אמת וכגון שהי' אומר שלו הם משום שנתתים לו ממש והוא משך בזה לא הי' מהני. — ומילתא בטעמא היא לפי דעתי דכל הודאה שאינה אפשר להיות אמת בשום אופן אין זו הודאה אלא שקר מוחלט שההודאה לא שייכא אלא בדבר שאנו מסופקין בה ואף דמי שהודה לחבירו ה"ז נאמן אף נגד עדים היינו משום דעכ"פ אין אנו דהיינו הב"ד יודעין דהא התובע אומר שהעדים הם שקר וא"כ שמודה נאמן על עצמו יותר ועכ"פ אפשר שאמת הודה אבל בהודאה זו של קנין שעשו חז"ל לא עשו כן בדבר שהוא באופן שהמקבל הזה יודע בשקרו ושא"א להיותה אמת בשום צד לאו הודאה מקרי אלא שקר ולא מהני להיות קנין ולכך הוצרך ר"ת לומר דאפשר זיכה לר' מרי ע"י אחר. — דאין לומר דמש"ה ל"ל דאפשר זיכה אותה ע"י אחר משום דלמא יכחיש ר' מרי דהא ר' מרי ודאי הי' שותק באותו מעמד דהא יודע הוא שצריך לשתוק וא"כ אפי' אם יאמר אח"כ שהוא אינו יודע מאותו קנין שהוא משך מ"מ לא מרעי תו לקנין דמיד קנה א"ו דה"ט משום שהכל הרי מרי יודע בודאי שהוא לא משך אין זו הודאה ולא מהני לקנין כן נראה לי:

ומעתה לפ"ז אפי' אי יהיבנא לדין של הקצה"ח ז"ל דאודיתא הוי קנין מ"מ לא מהני בחמץ בכה"ג דהא אם יאמר כמ"ש הגאון ז"ל שהוא מודה שמכר החמץ לנכרי זה עתה הנה כן לא מהני כלום דהא עתה לא מכר ולא עשה הנכרי שום קנין ואם יודה שהחמץ מכבר של נכרי הא א"א להיות דאם הי' הנכרי משך מכבר הי' הנכרי יודע מזה וכיון שהנכרי אינו יודע כלום א"כ היא שקר בעיני המקבל ולא מהני ואי שמא זיכה לו ע"י אחר הא אין זכייה לנכרי ע"י אחר וכל שאין בה צד אפשרי כלל שתהי' אמת לא מהני וכדמוכח ממרדכי הנ"ל:

ומה"ט נראה דאפי' למ"ד דאודיתא הוי קנין מ"מ לא מהני בקדושי אשה כלום שאם אחד רוצה לקדש אשה בחפץ זה איך יאמר אם יאמר שהוא מודה שהחפץ מכבר של האשה א"כ הוא נאמן על עצמו ומה"ת הרי זה שלה ובמה מקדשה דהא שלה היא מכבר ואם יודה שעד עתה היתה שלו ומעתה היא של האשה לא מהני כלום דהא עתה אין האשה עושה בה שום קנין ונראה השקר בפניו ולא מהני אלא להודות לה מכבר דשמא זיכה לה ע"י אחר וא"כ אין יכול לקדשה עתה בו וזהו ברור:

והנה הקצה"ח ז"ל כ' עוד בזה ליישב קו' התוס' בשם מו"ה מזקים דכיסום שמא שיעבוד לו מטלטלי אגב קרקע והודה שיש לו קרקע דמהני אף דאמרי עדים אין אנו יודעין לו קרקע. — וכתב הגאון ז"ל לחלק דדוקא בקנין מהני כן משום דכשמודה שיש לו קרקע ומכר לו אג"ק הרי הוא כמודה שמקנה לחבירו באופן המועיל ומשום שנתפסו בזה קנין משיכה וק"ס מהני גם אודיתא אבל שיעבוד דליתא בקנין גם אודיתא לא מהני כל היכא שאין אנו יודעין שיש לו קרקע ע"ש. — והנה הגאון ז"ל סובר דקנין אודיתא הוי מה שהוא מודה עתה שמקנהו לו עתה בקנין המועיל והוי הודאה זו חשובה כמו שאם הי' עושה בה עתה קנין משיכה שיותר מועיל וכן כי גבי מכירת חמץ. — אבל לפמ"ש לעיל לא מהני אודיתא בזה אופן כלל דמה מהני הודאה זו שהוא מודה דנעשה של פלוני עתה בקנין גמור הא זה שקר גמור דהא אין עושה עתה שום קנין אלא דברים והא דמהני אם מקנה לו מטלטלין אג"ק אף שאין אנו יודעין לו קרקע ה"ט משום שהוא עושה עתה בפניו קנין גמור אג"ק באמת אלא שאין אנו יודעין לו קרקע והוא אומר שיש לו קרקע ועי"ז הוא נאמן יותר מעדים דהא יש באפשרי שאומר אמת דשמא יש לו קרקע רק שאין אנו יודעין אותה ונאמן אדם לחובתו במה שאמר שיש לו קרקע וא"כ הא הודאה של קרקע הוי הודאה טובה והקנין שעושה עתה אג"ק מועיל ומימלא דשפיר קשו התוס' דלפ"ז גם בשיעבוד י"ל כן ואין לחלק כמו שחילק הקצה"ח ז"ל. — ועפ"ז ניחא לי ליישב קושית התוס' דב"מ דף מ"ו לגא דב"ק דף ק"ד דשם הקשו התוס' אמאי לו הודה שיש לו קרקע ויקנה המעות אגב קרקע ותי' שצריך להיות המעות שלו מה"ת כדי לפדות מע"ש ובב"מ הקשה ג"כ מקנין אודיתא ולא תי' שם כלום. ונראה דהא בל"ז קשה על התוס' בב"ק על תי' שלהם הא כל קנין אגב לא הוי אלא דרבנן ומ"מ כלה הש"ס לומר דהי' מהני לפדות מע"ש — ואמנם הנה לעיל בכלל י"ד דין א' כתבתי לחלק בין תרתי דרבנן לחדא דחד דרבנן מהני אף לד"ת משא"כ תרתי דהוי עיקרו דרבנן וא"כ בב"ק שהקשו התוס' שיקנה לו המעות אג"ק וגם קרקע אין לו אלא ע"י אודיתא א"כ יהי' תרתי דרבנן ומש"ה תי' כן אבל בב"מ שהקשו דליקני ליה המעות ע"י אודיתא והוי חד דרבנן ומהני לד"ת. — והא דלא הקשו כן בב"ק ולא הי' מהני תי' שלהם ה"ט לפי דעתי דהתוס' סוברים גם כן סברא שכתבתי בשם המרדכי דלא מהני אודיתא אלא אם יש בה צד אפשרי שהיא אמת וא"כ משכחת באופן דלא מהני כאן אודיתא וכגון שאותן המעות שיש לו בבית נתנם לו זה עצמו שרוצה להערים על ידו ולא זזה ידו ממנו עד שבאו עתה לגורן וא"כ איך יודה שאותן המעות מכבר שלו הם הא זה יודע בשקרו דהא עתה הוא נתנם לו ומתי זוכה זו זה ע"י אחר כיון שלא זזה ידו מתוך ידו והי' עמו והוא שקר מפורסם בעיני המקבל וכה"ג לא מהני הודאתו לקנין. — ומעתה לא הי' קשה לסס להתוס' דב"ק קו' התוס' דב"מ דאפשר שרצה התנא ליתן עצה להערים אף בכה"ג שלא הי' מהני אודיתא ולכך הקשו שיקנה לו המעות אג"ק ויודה שיש לו קרקע ועי"ז תי' שפיר דלא מהני למע"ש דאו'. — אבל שם בב"מ לא כלו במשכחת זה והקשו מ"מ קו' זו שיקנה לו ע"י אודיתא ולא תי' שם דלא מהני אודיתא דרבנן דהא לא הוי רק חדא דרבנן וזהו נכון:

והנה מצאתי אח"כ להגאון נתיבות ז"ל סי' ס' ס"ק ע"ו שהקשה שם על הרמ"א בתשו' שכ' דהא דאמרי' בגיטין גבי אמו' כתבו שדה זו לפלוני וכולן בשטר ולא מהני מטעם הודאה ה"ט דמיירי בידוע שלא הקנה לו מעולם או שהמקבל עצמו אומר כן והקשה בנתיבות הא אפי' בידוע או במכחיש מ"מ נאמן כמו הא דאיסור גיורא דודאי ר' מרי הי' אומר האמת שלא הקנה לו מקודם ומ"מ המעות שלו ותי' מעצמו כמ"ש המרדכי דבהא דאיסור אפשר שזיכה אותם לו ע"י אחר קודם כי הפקידם ביד רבא. — ועכ"פ נראה מדברי הגאון ז"ל דאפי' אם ר' מרי מכחיש מ"מ מהני וקנה, ולנענ"ד דהיינו אם יכחיש ויאמר שלא הקנה לו איסור אבל אם יכחיש ויאמר עוד שאינו רוצה במעות הללו לאו שלו הם ויכול רבא ליטלם וגם אין ב"ח של ר' מרי יכול ליטלם בחובו דהא כל שאינו רוצה בקנין לא קנה ע"כ כמו בשאר קנין כיון דמטעם קנין אתינן עלה, וזהו החילוק לפי דעתי בין הנהו דמפרשי להא דר' מרי דלאו משום קנין אלא משום הודאת בע"ד להנהו דמפרשי לה משום קנין דלהנהו דהוי הודאת בע"ד ולאו קנין א"כ אם ר' מרי מכחיש מ"מ כיון דאפשר שזיכה אותם לו ע"י אחר לא מהני הודאת המקבל להכחיש הודאת הנותן וכדאמרי' בגיטין שם חיישי' שמא זיכה לו ע"י אחר ויכול ב"ח של המקבל לגבות אותם בחובו. — משא"כ אי משום קנין שהוא קונה עתה א"כ אם לא ירצה לקנות לא מהני קנין זה כלום ואין לומר דאף דלא מהני משום קנין להני משום הודאת בע"ד זה אינו דהא איסור לא כיון בהודאה זו להנהו מפורשים אלא כדי להקנותם לו בקנין אודיתא ולא יהי' קנין זה עדיף משאר קנין דכל שאין זה רוצה לא קנה והודאה אין כאן שהרי לא נתכוון להודות לו ושיהי' נאמן יותר מעדים כן נראה לי:

דין ב.

אי מהני אודיתא לענין א"י.

כתב הטו"ז יו"ד קס"ט ח"ל ומו"ה כי כו' כגון באודיתא שמודה שהיא של עכו"ם כו' לאיסור גיורא ולא נסיבא כו' דודאי גבי ממון אמרי'

אמרי' שאדם נאמן לחובתו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי אעפ"י שאנו יודעין שהוא משקר כו' אבל זה ודאי אינו יועיל להפקיע איסורא בשביל שקר שלו כו' שוב ראיתי בשג"ה עיי"ש כו' לענין מוכר חוב של עכו"ם דלא מהני הודאה כו' עכ"ל. — ובקצה"ח שהאריך להוכיח כשב"ש והקשה מתוספות ב"מ ע"ו שהקשו לודי ליה לענין לפדות מע"ש והיא קושי' גדולה לכאו':

ונ"ל דהנה סברת הט"ז נכונה דלענין א"י לא מהני אודיתא וכמו שאבאר דהנה איכא חלוק גדול בין שאר הקנינים לקנין אודיתא שבכל קנין אחר אם אדם מקנה חפץ שלו לחבירו בקנין אין שום אדם יכול לעכב על ידו ואפי' אם הוא חב לאחרים כגון שהי' חייב לב"ח ומכר מטלטלין שאין הב"ח גובה מלקוחות ה"ז מכור ואפי' הב"ח כאן ורוצה לגבות ממנו שגובין מגלימי דעל כתפים אם קדם ומכר לאחר ועשה קנין הרי האחר קודם. — אבל באודיתא אם בא ב"ח לגבות והיא מודה שחפץ זה של אחר לא מהני אודיתא שלו כלום דהא קנין אודיתא היא משום הודאת בע"ד וכל שחב לאחרים לא מהני הודאה שלו וליכא גם קנין וזה ברור ומבואר, וא"כ לפ"ז גם נגד איסור לא מהני הודאה שלו דהוי כמו חב לאחרים דהיינו שאינו נאמן אלא לחובתו על ממון אבל לעבור על איסור ע"י הודאה זו הרי שהאיסור עומד וצווח אין אתה נאמן לי כמו הב"ח. — ולפמ"ש כ"ז אם האיסור וההודאה באים יחדיו באופן שלא זכה המקבל קודם שבא האיסור, אבל אם הודה קודם שבא האיסור וכבר קנה המקבל ה"ז כמו הב"ח שבא לגבות שאם זה הודה מכבר שהחפץ זה של אחר אין הב"ח גובה אותה דהא קדים האחר ואם יש עדים שכבר הודה לא מצי הב"ח לגבותה וכן גבי באיסור ומש"ה שם במע"ש שהקשו התוס' שפיר הקשו שיודה זה שהמעות של זה והרי הודאה זו קודם שזה בא לפדות ומיד המעות שלו וא"כ יפדה, ובמה שהוא עצמו הודה הוא מחזיק במעו' ועושה בהם כשלו וכרא' אמת משא"כ בגוונא דמיירי בט"ז שהישראל הוא המודה שהמשכן של נכרי והוא עצמו הישראל לוה לעצמו המעות ואין העכו"ם מחזיק במשכון זה כלל והרא' כשקר ובזה צדקו דברי הט"ז דלא מהני לענין א"י כלל. והנה הט"ז הביא לו ראיה ממ"ש הבעל העיטור במוכר חוב של נכרי לענין ריבית דלא מהני שם הודאה, והגאון קצה"ח ז"ל תמה דהי' שם הא דלא מהני היינו משום דחוב לא הוי ברשותו להקנותה בשום קנין ע"ש. ולענ"ד צדקו דברי הט"ז דאף שאין החוב נקנה בשום קנין מ"מ בהודאה מהני דכי נימא דמי שהודה באמת על החוב שהוא של חבירו ולא שלו דלא מהני הודאת בע"ד כמאה עדים זה ודאי דמהני וכיון דמהני הודאה נשעבד בחוב א"כ גם קנין דלהבא מהני דכל שהודאתו מחייבו אם הודה אשתעבד עשאו רבנן קנין אודיתא שיהי' זה השיעבוד קנין וא"כ אפי' במלוה מהני א"ו דלא מהני נגד איסור ריבית:

דין ג.

אי מהני אודיתא אם הודה לנכרי.

הנה הקצה"ח הסכים למכור חמץ באודיתא, ואף שהוא קנין דרבנן ולדעת הסמ"ע דלמ"ד מכירת שטרות דרבנן לא מהני בנכרי מ"מ אודיתא מהני לדעת הגאון ז"ל בנכרי. — ונראה בטעמו דשאני אודיתא דעיקר קנין שלו הוא מה"ת דהא קנין זה מיוסד על הא דהודאת בע"ד כמאה עדים וא"כ גם אם הודה לנכרי הוי כמאה עדים ומש"ה גם קנין זה מהני בנכרי. — ולענ"ד נראה להוכיח דלא מהני בנכרי קנין אודיתא דהנה הקשיתי אמאי לא מהני להפקעת בכור שיודה הישראל בפני עדים שפרה זו של אותו נכרי היא ואפי' לאותן שיטות דאודיתא לא הוי קנין אלא חיובא מ"מ הא כשמודה שהיא של נכרי אזי אם יתבענו הנכרי בב"ד יזכיהו הב"ד ליתן לו הפרה וגם לא מצי לסלקו בזוזי דהא הודה שהפרה שלו ועי"כ צריך ליתן לו מה שהודה בעין ודין זה מוכח דהא קיי"ל המודה במקצת פקדון פטור משבועה אפילו אם אומר בביתו הוא ומשום הילך וכו' הש"ך דהיינו טעמא משום דכ"מ שהיא הוא ברשותו ואי נימא דכל שהודה על חפץ יכול לסלקו בזוזי דמי החפץ א"כ אין זה ברשותו בשביל שהודה לו זה דאף דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי מ"מ עדיין אין זה יכול להקדישו דהרי זה יכול לעכבו בידו וליתן לו הדמים א"ו צ"ל דמה שהודה חייב ליתן לו והוי חפץ שלו ממש מדין הודאה זו וא"כ גם המודה לנכרי יהי' פטור מבכורה דהוי מעם פרתו של נכרי, דהא דלא מהני אם נתן הנכרי כסף ולא הוי יד נכרי באמצע היינו משום שיכול לסלקו בזוזי דהא לא קנה לו הכסף ועיין ש"ס, אבל בהודאה הא קנה גוף הפרה, וכיון שלא נזכר דין זה ולא מהני ע"כ צ"ל דלא שייך כלל בנכרי כל הדין של הודאת בע"ד דהוא גזה"כ ולישראל נאמר ולא בנכרי. — אמנם יש ליישב הקושי' באופן אחר והוא דהא שכתבה התורה הודאת בע"ד מהני היינו בדבר שאין אנו מוחזקים בו שאינה הודאה של אמת וכגון שזה תובעו בשלו וחבירו מודה לו בגוונא דמיירי קרא אבל בכה"ג שאנו מוחזקין ויודעין שאין הודאה זו אמת אלא שקר רק זה רוצה להודות לו בזה לא שייך דין תורה של הודאת בע"ד כלל ואף שהודה משום שרוצה שתהי' של נכרי מ"מ לא מהני מה"ת כלום, ומש"ה לא מהני הודאה להפקעת בכור כלל וא"כ גם אנו נאמר דאין בקנין אודיתא שתיקנו חז"ל שום עיקר של תורה אפי' לאותן הסוברים דהוי קנין. — דלא אמרה התורה הודאת בע"ד כמאה עדים אלא בשאין אנו מוחזקים בשקרו אבל כשאנו מוחזקים בו ששקר הודה אלא שרוצה להודות כדי לעשות קנין ולהקנותו מעתה לא אמרי' מה"ת הודאת בע"ד ורק חז"ל תיקנו כן וכיון דכל עיקר ההודאה וגם הקנין לא הוי אלא מדרבנן ממילא דלא מהני בנכרי כלל, לדעת הסמ"ע הנ"ל: באופן דמכל מה שכתבתי מוכח דלא מהני אודיתא בנכרי לא לבכור ולא לחמץ כן נראה לענ"ד:

כלל יג.

דיני הפקר וקצת דיני זכייה.

שאלה אם אדם יכול להפקיר בהמת ישראל חבירו כשרואה כאן שילכו בשבת עם משאות ויעבור חבירו על איסור שביתת בהמתו ואם ימניע הנכרי שלא ילך עמה יהיה הפסד גדול וחשש גניבה ובעל הבהמה אינו כאן, אי לא יכול להפקירה:

תשובה הנה לשאלה זו צריכין לבאר שלשה דינים עיקרים לה — א) אי מהני הפקר שהוא רק להפקיע איסור שבת ושאין אחר יכול לזכות בה או לא מהני עד שיפקירה באופן שכל אדם יכול לזכות בה, דלפ"ז בנידן דידן ודאי שלא הי' יכול להפקיר בלי דעת בעלים דהא אם אחר יכול לזכות בה הרי ההפקר חוב לבעליו ואין חבין שלא בפניו — ב) אי מהני הפקר ע"י שליח או לא — ג) אם נאמר בכה"ג דין זכיה וזכין לאדם שלא בפניו וכדי להציל מאיסור שבת או לא שייך כל דין זכיה אלא היכא שמזכה לו דבר ממון — ונבוא מן המאוחר אל המוקדם:

דין א.

דין זכיה ומאיזה טעם היא.

הנה פליגי בה הראשונים דלדעת התוס' בכתובות דף י"א זכיה מטעם שליחות הוא דאנן סהדי דניחא ליה בהכי וכן כתבו בגיטין, ובקידושין דף כ"ו, וכן סובר הר"ן ז"ל, והרשב"א בקידושין ג"כ נראה שסובר כן אבל הריטב"א סובר זכיה לאו מטעם שליחות והדברים עתיקין. אמנם מצאתי בקצה"ח בסי' ק"ה שהקשה קו' אחת מהא דב"מ דף כ"ב הרגמים רבא אליבא דאביי בשעשאו שליח אמאי לאביי שליחות שלא מדעתו לא מהני אע"ג דלכי ידע ניחא ליה מ"מ השתא לא ידע — ומכח זה חולק הגאון ז"ל על דעת התוס' והני ראשונים דזכיה לאו מטעם שליחות אלא משום יד הוי:

והנה קושי' זו הקשה בתה"ד קפ"ח גבי אשה משרתת שאם תראה שעיסתה מתקלקל אם תמתין עד שתבוא בעלת הבית והתיר שם שתפריש חלה מהאי טעמא והובא הדין בש"ע הל' חלה וכתב שם התה"ד להקשות מהא דב"מ ותי' דשאני התם דבשעה שנעשה שליח דהיינו בשעה שתרם לא ידעינן דניחא ליה ולא הוי דומיא דאתם משא"כ בזכיה שידעינן בשעה שנעשה שליח דניחא ליה והוי דומיא דאתם זהו תורף דבריו שם. ונראה להסביר סברתו ז"ל דודאי הא שכתבה התורה אתם לרבות שלוחכם הטעם כדי שיעשה את השליח מרצונו אמנם כל היכא דאיכא אנן סהדי כבר נעשה מרצונו אף שלא ידע דהא כל אנן סהדי הוי כמו שיודע ועשה הוא: ואמנם דוקא בזכות גמור מהני כן דהרי אנן סהדי אז בשעתו דודאי ניחא ליה והרי הוא דומיא דאתם לדעתכם דהא מה לי מרצונו שהוא עצמו עשאו ומה לי כשאנן סהדי אז בשעתו דניחא ליה אבל בהא דב"מ אף שגלי דעתו אח"כ דניחא ליה מ"מ ליכא אנן סהדי דהא בתרומה ליכא אנן סהדי דלא הוי זכות גמור וכמ"ש התוס' שם בכתובות וא"כ כל דליכא אנן סהדי א"כ לא הוי דומיא דאתם דאף דגלי דעתו אח"כ דניחא ליה מ"מ בשעתו לא ידעינן דניחא ליה דהא אנו צריכין שיאמר הוא עצמו דניחא ליה וא"כ במה שהוא אומר כן אח"כ לא ידעינן ליה בשעתו ולא הוי אתם בשעת שעשה שליחות אבל כל היכא דאיכא אנן סהדי ואין אנו צריכין לגלוי דעת וא"כ בשעת מעשה אנן סהדי והוי דומיא דאתם וזהו סברא ברורה ומוכחת אין בה נפתל ועיקש:

והנה בקצה"ח סי' רמ"ב הביא פסק זה של התה"ד והאריך שם לחלוק עליו ועל כל בעלי הש"ע שהביאו להלכה והביא שם הרשב"א בנדרים דף ל"ו גבי דאבעי' דתורם משלו על של חבירו אי צריך דעת והקשה שם הרשב"א ז"ל קשי' לי הא שליחות לאו מדין דניחא ליה או לא ניחא ליה היא אלא גזה"כ דמה אתם כו' ותדע לך שהרי האומר לחבירו לא תרום כו' ואע"ג דניחא ליה שתיקן כרין וי"ל דתורם משלו

על של חבירו שאני דלא בעינן שליחותו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי אבל בתורם משלו על של חבירו לא בעינן שליחותו ממש כיון שאינו של בעל הכרי ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו. עכ"ל הרשב"א. וכ' הקצה"ח דלפ"ז בהך דינא של השה"ד לא הוי זכיה דלא"א זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא שהמקבל זוכה באיזה דבר כמו במזכה חפץ לפלוני או מזכה גט או מפריש משלו אבל מפריש משל ב"ה אין כאן דין זכיה אלא ניחותא איכא ושליחות ליתא מתורת ניחותא דבעינן לדעתכם דוקא עכ"ל : ולענ"ד אף שהגאון ז"ל רב גובריה וכבודו במקומו מונח אבל הפעם לא צדקו דבריו ז"ל דמה שאומר דלא הוי זכיה אלא אם מזכיהו באיזה חפץ דבר זה לא מצינו ולא שמענו כלל והא ראיה דהתוס' ז"ל כתבו דבתורם משל בעל הכרי על הכרי רק מש"ה לא מהני משום דלא הוי זכות גמור דאיכא קלא טוב ומשמע ודאי דאי לא הי' שום חוב בדבר אלא זכות גמור יש בה דין זכיה גם בתורם משל בעל הכרי וזה דבר פשוט דכל מה שאדם עושה מעשה בשביל חבירו שהי' לו לעשות אם אין בה שום חוב אלא זכות ישנה בתורת זכיה והראיות בזה ללא צורך כי דבר פשוט הוא וכדמוכח מהתוס' וא"כ בנידון של השה"ד כיון שאם תמתין משכחת היא מונעת שהפסד מקלקל העיסה ואין כאן שום צד חוב רק זכות גמור ויש כאן דין זכיה וזכין לאדם כו' :

ובעיקר קושי' מה שהקשה מהרשב"א הנ"ל נ"ל דע"כ א"א לפרש דבריו של הרשב"א כמו שפי' הגאון ז"ל דא"כ תקשה הא הוא הרשב"א גופא סובר בקידושין זכי' מטעם שליחות והביא לו ראיה מהא דנדרים דהוי זכיה ומהני ובתרומה הא שליחות בעינן וא"כ איך יכתוב בנדרים דזכיה מטעם יד — אלא ודאי כוונת הרשב"א הוא סברא שכתבתי דכל היכא דאיכא זכיה וזכות גמור נעשה זה שלוחו אף בלא שליחותו ממש דהיינו שלא שם אותו הוא בעצמו דזה מיקרי שליחותו ממש שהוא שלחו ומש"ה בתורם משל בעל הכרי דאינו זכות גמור צריך שליחות ממש ולא סגי בניחא לו כדמוכח מהא דלא ותרום דאע"ג דניחא ליה אפ"ה לא סגי בהכי וה"ט משום דליכא אנן סהדי דהא איכא קלא טוב וכל דליכא אנן סהדי א"כ בשעת מעשה לא ידענו דניחא ליה אף שהוא מגלה דעת אח"כ לא מהני דלא הוי דומי' דאתם. משא"כ בזכות גמור לא בעינן שליחותו ממש דהיינו שישלחנו הוא עצמו דהא איכא אנן סהדי בשעתו וזהו כוונת הרשב"א ברור דאי כפי' הגאון קצה"ח ז"ל למה כ' הרשב"א דלא בעינן שליחותו ממש הך תיבת ממש מיותר ולא הל"ל אלא דלא בעי' שליחות כלל דזכיה לאו מטעם שליחות א"ו דזכיה מטעם שליחות וכמ"ש ועיי' עוד לקמן בכלל שליחות מ"ש שם. והנה עוד כי שם השה"ד דאפי' אם ליכא חשש של קלקול העיסה מ"מ כיון שרגילה ב"ה לעשות למשרתת שליחה להפריש חלה אנן סהדי דגם השתא ניחא לה וע"ש דמחלק בין תרומה לחלה בזה"ז דבתרומה צריך להכיר דעת בה"ב מפני השיעור משא"כ חלה הא אין לה שיעור וע"ש ובקצה"ח הקשה עליו ממה שהקשו בתוס' נזיר דף י"ב דא"ך אשה אומרת לחברתה כו' הא כל מידי דאיהו לא כו' ולפי סברת השה"ד מה זו קושי' הא לא גרע מה שאשה אומרת כן לחברתה מאילו תפריש חברתה בעצמה דמהני לדעת השה"ד בחלה ואפי' בלא קלקל העסה ע"ש והיא קושי' גדולה לכאו'. — אבל מ"מ לענ"ד דל"ק ולא מידי דהא שכ' השה"ד משום דרגילה היא הב"ה לעשות למשרתת שליחה והיינו דא"כ חזינן שאין בעלת הבית מקפדת שתעשה היא בעצמה המצוה וכל שידעינן כן מכבר שהיא רגילה כן א"כ אנן סהדי שגם בפעם זה אינה מקפדת ורוצים שתהי' משרתת שלוחה וכל דאיכא אנן סהדי כבר הוי שליחה מרצונה בחלה בזה"ז דלא צריך להכיר דעת ב"ה משום השיעור רק משום שמה רוצים לעשות המצוה בעצמה וכיון שרגילה היא שאינה עושית אלא ע"י משרתת איכא אנן סהדי. — ואני אמרתי סברא אחת דהא דאמרי' כל מידי דאיהו לא מצי עביד השתא לא מצי משוי שליח סברא זו לא שייכא אלא כל היכא דליכא זכות גמור אבל בזכיה אף שהוא ג"כ מטעם שליחות מ"מ לא שייכא סברא זו וטעמא דידי דהא דלא מצי משוי שליח ה"ט משום דכל שליח הא צריך התמנות משולחו ובלא"ה לא הוי שליח וא"כ כל דלא מצי עביד השתא לא מהני התמנות של משלח וממילא דלא הוי זה שליחו אבל בגוף השליחות אין כאן שום חסרון במה דלא מצי עביד השתא וה"י מהני שליחות להיות שליחו מ"מ אלא חסרון התמנות איכא כאן. ומעתה היכא דאיכא דין זכיה דלא צריך שום התמנות ממשלחו דהא אנן סהדי יכול זה להעשות שליחו אפי' במידי דלא מצי עביד השתא דהא בשעת מעשה נעשה זה מעצמו שליחו בלי אמירתו של משלח כלל וכל שלא צריך התמנות ממילא גם סברא דכל מידי ליתא :

ומעתה בא וראה דלק"מ מתוס' דשפיר הקשו התוס' דאיך אשה אומרת לחברתה לושי ותפרישי חלה דהא התוס' מיירי באופן שהאשה זו אינה רגילה שתעשה שליח אלא היא עצמה מפרשת חלה שתקיים בעצמה המצוה וא"כ ליכא אנן סהדי בשעת הפרשה דניחא לה לזו דשמא לא ניחא לה ויותר ניחא לה שתעשה היא עצמה המצוה וכיון דעכ"פ ליכא אנן סהדי א"כ אנו צריכין לאמירתה שהיא תאמר לה תפרישי חלה וכל שאנו צריכין לאמירתה ושתמנה היא את חברתה לא מהני מנוי שלה דכל מידי דאיהו לא כו' אבל בדין של השה"ד שהיתה רגילה כן ואיכא אנן סהדי ולא צריך שום מנוי ובז"ז ברור ונכון בס"ד — והשתא אתי שפיר דברי הגאון קצה"ח ז"ל ומהני זכיה לכל דבר אשר עושה במעשה שלו טובה לחבירו א"נ בנידן דידן אם הי' הישראל זה יכול לעשות לו קנין בבהמות חבירו כדי שיהי' יכול להפקירן הי' מהני מטעם זכיה דאנן סהדי דניחא ליה בכך להנצל מאי' שבת — אלא דבכה"ג אפי' לדעת הקצה"ח מותר לעשות כן דהא לאו מתורת שליחות בא אלא שהוא קונה לו הבהמות לעצמו והוא מפקיר אותם בתורת שלו ואנן סהדי דניחא ליה לחבירו להקנותם לו שיהי' יכול להפקיר ויותר מזה כ' הט"ז והמ"י בהל' פסח הכ"ד דודאי בעל החמץ מכוון לזכות החמץ לשליח כדי שיוכל לבטל ופי"ש שדבריהם תמוהים לכאו' דמאי מהני שכוונה שלו הא צריך השליח לעשות מעשה קנין ולא עשה. ואני מצאתי סמך לדבריהם בתוס' בכורות דף י"ח ע"ב ד"ה אקנוי אקני ליה שכתבו שם דבהאי הנאה גמר ומשעבד נפשיה וי"ל דבריהם תמצא כן בריט"א אלגאזי בכורות שם ע"ש ועכ"פ מצאנו כן שלא עשה שום מעשה קנין וקנה. — ועי' כלל ז' דין י' מ"ש אלא דשם עכ"פ מסר הבית לרועה. וכאן בדידן עדיף טפי דזה הישראל הא עושה קנין ואנן סהדי דניחא ליה לב"ה מהני לו לקנות וזה ברור — אמנם צריכנא לסברא דידן היכא שאין הבהמות כאן באופן שאין זה הישראל יכול לעשות בהם קנין אלא שהוא רוצה להפקירן בשליחות חבירו ובזה אנו צריכין לסברתינו דמהני זכייה מטעם שליחות היכא דעושה לו טובה וזכות גמור אף שאינו מזכה לו כלום אלא שמצילו מאיסור. אלא דתחילה נבאר אם מהני הפקר שלא יזכה בו שום אדם אלא כדי להנצל מאי' שבת דאי צריך להפקיר באופן שאם יזכה בו אחר יהי' שלו ודאי דלא מצי מפקיר כן בשביל חבירו דאין זה זכות גמור ונבוא אל הביאור :

דין ב.

איך מהני הפקר להנצל מאי' שבת ואי מהני תנאי בהפקר.

כתב הטור סי' רמ"ו בשם הסמ"ק שהתיר להשכירה בהבלעה ע"י שצריך להפקירה להפקיע אי' שביתת בהמתו וכ' הר"ם שצריך לפרש בשעת הפקר שאינה מפקירה אלא ליום השבת או כ"ז שעושה מלאכה כדי שלא יזכה בה אחר ואע"פ שאינה מפקירה לגמרי הוי הפקר וכ' הטור ונראה דאפי' בסתם נמי דעתו לזה שהרי אינו מפקירה אלא להפקיע אי' שבת עכ"ל ועיין ב"י שם ובדמ"א הביא כן דאפי' אם הפקיר סתם אין יכול לזכות בה דהא אין כוונתו רק להפקיע אי' שבת ע"ש :

והנה כפי הפשוט דין זה הוא תמוה דמה הפקר הוא זה כשאין שום אדם יכול לזכות בו הא אין זה הפקר וגם לא גמר בלבו להפקיר ועיי' מש"א שתמה ג"כ על הא דר"פ דהא מבואר בנדרים דכל הפקר לזמן אפי' רבנן מודי לר"י שאינו יוצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה וא"כ הוא עובר על שביתת בהמתו ומה שתי' במש"א דשאני הכא דהוי איסורא וגמר והפקיר אפי' לזמן הוא דוחק גדול דהא גם שם לענין איסור מיירי ולהנצל מאי' טבל דהא לא רצה לעשר פירותיו וא"כ נמי ניחא גמר ומפקיר ול"ע ועיין ח"ס שמביא בשם הרדב"ז שהוא דרך גרוע שבדרכי היתר שביתת בהמה :

ונלע"ד לחדש בה דבר, הנה מי שגירש ואמר ע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי לפלוני ה"ז גט לרוב הפוסקים דאין זה שיור אלא תנאי ותנאי מילתא אחריתא הוא כמבואר שם במקומו. — ונראה דלפ"ז אפי' אם הי' אומר ע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי לכל העולם ונתן זמן לתנאו מסברא דהוי גט דהא לא שייר אלא בתנאי ולא הוי שיור וזמן צריך ליתן כדי שלא תהי' אסור בתנאי לעולם ואפי' אם יש מי שיפקפק ע"ז ויאמר דאם אסרה בתנאי על כל העולם לא מהני הגט אפי' בתנאי דהא לא התירה כלל ואף שאין אני מודה לזה מ"מ לרווחא דמילתא אני אומר דאם אמר לה ע"מ שלא תנשאי לאחר אבל היתר לה הביאה בכה"ג ודאי דהוי גט כשר דהא הא שלא תנשא לא הוי ע"ש שיורא אלא ע"י תנאי וכל תנאי לאו שיורא הוי ופעל הגט דמותרת בביאה שלא ע"י נשואין וזה ברור למעיין בסוגיי דמון. — ומעתה לפ"ז מי שיפקיר ויתנה בתנאי שלא יזכה בו שום אדם לא הוי שיורא דהא אם יזכה בו אחר לא יהי' הפקר כלל, אלא דע"ז י"ל דמה הפקיר אם אמר ע"מ שלא יזכה בו שום אדם א"כ לא גמר והפקיר כלל ואפשר דלא מהני אבל אם הי' אומר שיהי' הפקר לכל ושיהי' מותר לכל אדם להשתמש בו לצרכו אלא הוא מתנה ע"מ שלא יזכה בו ולא יקנה אותו אדם לעצמו בזה ודאי דהוי הפקר גמור דהא שיורא ליכא כאן כלל דכל בתנאי לא הוי שיורא ואי מה פעל ההפקר הא פעל דהוא מותר לכל אדם ואין בו גזל אלא דאין אדם יכול לזכות בו ולעשותו שלו מחמת תנאו וכה"ג מהני וכיון שכן אני אומר דמש"ה מי שמפקיר רק כדי להפקיע אי' שבת מהני ההפקר ומ"מ אין אחר יכול לזכות בו משום דאמדינן דעתו דודאי הפקיר באופן המועיל לאי' שבת ושלא יכול אחר לזכות בו ואמרינן דלתנאי כיון. וכן כ' הרא"ם סברא זו גבי מקדש בטבעת שאולה בקדושין

וכן

וכן כ' הרא"ש עוד גבי אתרוג זה נתון לך ואחריך לפלוני בב"ב קל"ז דודאי לתנאי היתה כוונתו ואף שלא הותנה דהא באופן המועיל אמר וכן השברא דכל היכא דאיכא אומדנא וגלוי דעת הוי כמתנה אף שלא הותנה וא"כ מש"ה א"ש, ולא פליגי הר"פ עם שאר הפוסקים אלא בהא דר"פ סובר שלא יפקיר אלא בפירוש ליום השבת והיינו טעמא דאם אמר בפירוש ליום שבת הרי יותר מפורש בדבריו שלא כונה אלא להפקיע מעליו איסור של שבת ויש בדבריו הוכחה יותר דלא כונה להפקיר כדי לזכות בו אחר ואם הי' מפקיר סתם בלא זמן של שבת הי' אחר יכול לזכות בו יותר דלא מוכח כ"כ בדבריו שלא לגמרי הפקיר ואדרבה יותר מוכח דלגמרי הפקיר מדלא פירש רק לשבת, והטור סובר דאפי' הפקר סתמא מ"מ איכא אומדנא דמוכח שלא כונה זה אלא להפקיע איסור שבת ולא מצי אחר לזכות בו. — אבל בהא כולהו מודי דהיכא דלא יכול לזכות בו משום דודאי לתנאי נתכוון ולא לשיורא וכל תנאי מהני וכמ"ש דאפי' אם בלא תנאי ולא הבעלי לכל העולם לא הוי גט מ"מ כאן הוי לא תנאי דהפקירו מועיל דמותר לכל ותנאי לא הוי אלא שלא לזכות ולקנות אותו דהיינו לא תנאי.

אשר לפ"ז נ"ק קו' האחרונים דבנדרים אמרי' דלא מהני קנין לזמן ולא יצא מרשותו עד דאתא ליד זוכה ולפמ"ש א"ש דשאני התם דהא אם זכה בו אחר הרי הוא שלו וא"כ שפיר אמרי' מדקבע לו זמן להפקירו גם הוא לא גמר להפקיר עד דאתי לרשות זוכה והיינו משום דמהני זכיית אחר אבל כאן הא לא מהני זכיית אחר כלל משום תנאי וא"כ הא ודאי גמר ומפקיר לגמרי דלמה לא הא לא יזכה בו אחר כלל ומ"מ הוי הפקר, והא דלא אמרי' גם התם כן דהפקיר אדעתא דלא יזכה בה אחר זה אינו דאם שהפקיר סתם א"כ למה נחזיק אותו לרשיעי וכימא דלא הפקיר אלא לכתחלה כדי שיפטור ממעשר ואדרבה יותר אמרינן אותו דודאי אדם כשר הוא והפקיר באמת ובלא שום תנאי דהא שם לא נראה ממעשיו שום ענין אחר אלא דמשום שהפקיר לזמן שלא כדרך העולם אמרינן דלא גמר והפקיר עד שיזכה בו האחר אבל עכ"פ הפקר גמור הוא והאחר שזכה אין מוציאין מידו בטענה שלא כיון זה להפקיר אלא כדי להפטר ממעשר ולא לזכות דמהיכי תיתי נאמר כן ולהחזיקו ברשע שאינו רוצה לקיים מצות מעשר: משא"כ כאן שאנו דנין אותו לצדיק שאינו רוצה לעבור על שביתת בהמתו וכן אנו רואין שאם לא היה בהמתו ביד נכרי לא הי' מפקיר וא"כ הזוכה מוציאין ממנו דאמרי' זה לא הפקיר אלא להפקיעו אי' שבת ומדלא מצי לזכות בו ודאי גמר והפקיר על תנאי ומהני הפקירו — וזה מה שאמרנו דרבינו פרץ מש"ה רצה שיפרש לשבת כדי שיהי' מבורר יותר דלא כונה אלא להפקיע האיסור וכדי שלא תקשה מנדרים כלל דשם הא מצי לזכות בו אף דרוצה להפקיע ממעשר וסובר ר"פ דמשום דכאן פירש ליום שבת מש"ה מוכיחין מעשיו ואמירתו שלא לזכות הפקיר אלא להפקיע והטור סובר דאפי' הפקיר סתמא נמי מוכחא מלתא כאן דרק להפקיע איסור שבת הפקיר ולא מצי אחר לזכות בה וא"ש הכל בס"ד:

והא דאמרינן בנדרים המפקיר שדיהו כל ג' ימים יכול לחזור בו מפני הרמאין שמפקירין והדר בהו ונראה שם מפי' הר"ן דהטעם משום שאין הפקרן שלהן אלא הערמה בלבד ומשום דלא הפקירו בלב שלם ואמאי יעשו כן הא יש להם להפקיר בלב שלם ועל תנאי שלא יזכה בה אחר — ונראה לי ברור דבהא דנדרים אפי' אם מפקיר באופן המועיל מ"מ הפקיעו חז"ל דין הפקר כל ג' ימים כדי שלא יפקירו ויפקיעו ממעשר ובכל אופן אמרו חכמים דלא מהני ההפקר משא"כ הכא אדרבה כיון שהוא אנוס שהרי הותנה עם הנכרי שיחזירנה לו קודם שבת ולכתחלה באמת אסור. ועוד דלא עשו חז"ל כן אלא במעשר דשכיח הכל עושין כן

והנה לפמ"ש הא דמהני ההפקר ויצא מרשותו ואף שלא יכול שום אדם לזכות בה וה"ט משום דהא דלא מצי לזכות הוי משום תנאי בעלמא ושאם יזכה לא יהי' הפקר — ואין להקשות הא שמא יזכה בו אחר ויחזור ההפקר למפרע ויעבור על שביתת בהמה זו צ"ק דודאי שום אדם לא יזכה בה דלמה יזכה בה מאחר שאינו מועיל לו ולא קנה — אבל זו קשה לכאורה הא הבהמה היא ברשות נכרי וקנה לו חצירו וא"כ חזר ההפקר דאי לא חזר א"כ הוי בהמה של נכרי מיד כשהפקיר, אלא שסברא זו כתבו התוס' בסוגי' דחוץ ד"ה ועמדה ונשאת וע"ש דלדעת התוס' א"א שתבטל התנאי ע"י נשואין דהא אם תנשא יבוטל הגט ולא יהיו הקידושין וא"כ אין הגט בטל לעולם ואפי' נשאת וא"כ גם כאן כיון שא"א לו לזכות ולקנות שאם יקנה יבוטל ההפקר וא"כ לא זכה וההפקר נשאר במקומו — ולשאר האחרונים ז"ל שחולקים שם על התוס' בסברא זו נ"ל דהא הנכרי לא ידע מההפקר והלכו לא קנה לו דאין זה דבר הסוב והרגיל וכמ"ש המרדכי בשם ראבי"ה ומובא בש"ע חו"מ — והנה לכאורה הייתי יכול לומר פשוט דהא דלא מצי אחר לזכות בבהמות וליטלם מבעליו משום שהפקיר בתנאי שאם יזכה בו אחר יחזירנו לו ותלה תנאי בזוכה וזה ודאי מהני כמו דמהני במתנה ע"מ להחזיר ואמרינן דעתו שנתכוון לכך, אלא דזה נ"ל דלא מהני דהא הוי כמתנה שלא בפניו וכמ"ש הרשב"א קידושין בשם הראב"ד במקנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו דלא מהני משום דיד עבד כיד רבו והוי כמתנה שלא בפניו וא"כ גם בהפקר אם הי' התנאי על הזוכה שאם יזכה יחזור לו א"כ הא עם מי הותנה שהרי אין כאן זוכה שיתנה עמו — אבל כמו שכתבנו לעיל א"ש שכן הי' התנאי שאם יזכה בו אחר אזי הוא חוזר מהפקירו וא"כ הוא עם עצמו הותנה ודו"ק בזה:

ואמנם צריך לראות אי מהני תנאי בהפקר דלכאו' לפי הכלל דכל שא"א לקיימו ע"י שליח א"א להתנות בו תנאי א"כ אין תנאי בהפקר ונפל כל מ"ש. — והנה מצאתי להגאון מקוי"ח הי' תמ"ח שנתעורר ע"ז שהביא שם בשם הג"א שמותר להפקיר חמצו קודם ו' ע"מ לזכות בו אח"פ, וכ' הגאון ז"ל דלפ"ז אפי' מתנה באופן זה דאפי' כבר יזכה בו אחר שיחזיר לו אח"פ מהני ואין להקשו' כו' האיך מצי להטיל בו תנאי ולומר ע"מ להחזיר כו' אבל בדבר התלוי בדיבור כגון נדרים והפקר כו' בהפקר ע"מ להחזיר ול"ד להפקר לזמן כו' עכ"ל הצריך. — והנה עיקר דברי הגאון ז"ל שהביא מהג"א לע"ג ונעלם מהגאון ז"ל עיקר דברי הג"א שהוא מהא"ז והובא בד"מ תמ"ה ושם מבואר להיפוך דאסור להתנות כן בס' והפי' בהא דאמר מותר להפקיר ע"מ לזכות אח"פ היינו שהוא מפקיר סתם בלא תנאי אלא שכוונתו ע"מ לזכות וע"ש בד"מ. — אבל עכ"פ מוכח גם מדברי הא"ז שבד"מ דעכ"פ מהני תנאי בהפקר דאי לא מהני תנאי א"כ יתנה כמו שירצה הא תנאו בטיל ומעשה ההפקר קיים א"ו דמהני תנאי:

וסברא הכי הגאון ז"ל דמ"מ מהני בית תנאי אף דא"א ע"י שליח משום דלא הוי אלא דיבור כן כ' בהפלאה אכתובות כ"ו וכן איתא סברא זו בכמה מהמפורשים וכבר שארכתי בה בדיני תנאים שלי. אבל בהפקר לא נ"ל סברא זו כלל דהא בהפקר נעשה ע"י דיבורו מעשה קנין שיוצא מרשותו ויתכן סברתו לדעת הקצה"ח ז"ל יבוא לקמן א"ש שאין הפקר אלא נדר ואסור לחזור בו אבל אינו קנין ולפ"ז הוי דומיא דנדרים לגמרי אבל לפי האמת דלא כהקצה"ח ז"ל אלא דהוי קנין א"כ אין זה דיבור אלא מעשה והדרא קושי' לדוכתי' אמאי מהני תנאי — והנה עוד קשה לי על דברי הגאון מקו"ח הנ"ל במה שאמר דמהני תנאי שיתנה שאם יזכה בו אחר יחזירו, ולפמש"ל נראה גם סברא זו דהא עם מי מתנה כן דהוי כמתנה שלא בפניו וכמו שהבאתי לעיל בשם הרשב"א בשם הראב"ד, ולכן נראה דהא"ז שכ' כן הוא נתכוין שאם יתנה על עצמו דהיינו שאם יזכה בו אחר הוא עצמו חוזר ממה שהפקיר וכה"ג מהני תנאי דלא עם הזוכה הותנה אלא עם עצמו ועל דיבורו הוא מתנה, אלא דהא"ז אוסר מ"מ לעשות כן לענין חמץ ומטעם גזירה כמ"ש הד"מ שם או משום שמא יזכה בו אחר ונמצא יחזור ההפקר מלמפרע ויעבור על ב"י — אבל מדינא מהני תנאי זה בהפקר אבל תנאי הכי המקו"ח ז"ל לא מהני כלל לענ"ד — והנ"מ בין שני התנאים הוא דלפי התנאי הכי' המקו"ח הוי כמתנה ע"מ להחזיר ושאם יזכה בו אחר צריך להחזיר ולהקנותה לזה המפקיר כמו מתנה ע"מ להחזיר שצריכה הקנאה לדעת הרא"ש והריטב"א ז"ל אבל התנאי שלי א"צ שום הקנאה דממילא יבוטל ההפקר כשיזכה בו אחר מלמפרע ולא הוי הפקר כלל, ובלא"ה נראה דלא מהני בהפקר תנאי שיתנה על הזוכה ואם לא יתנה שההפקר שלו יהי' בטל מלמפרע דאל"כ איך יתנה על הזוכה הא קודם שזכה הזוכה כבר יצא מרשותו ואין לו להתנות על דבר שאינו ברשותו א"ו שהוא מתנה שאם לא יחזיר לו יבוטל ההפקר מלמפרע, וזה ברור ומ"מ הוא האמת שהוא אינו יכול להתנות כלל על הזוכה שאינו כאן אלא על עצמו הוא מתנה:

ובזה יש ליישב עיקר הקושי' דעם מהני תנאי בהפקר הא א"א לקיימו ע"י שליח, והוא לפמ"ש הרמב"ן ז"ל ליישב קו' התוס' בנזיר דף י"א דהקשו ג"כ מאי מהני תנאי בנזיר ותי' הרמב"ן ב"ב קל"ז דכי גמרינן מתנאי ב"ג וב"ר ה"מ כיוצא בו שהוא תנאי שבין אדם לחבירו אבל תנאי שבינו לבין עצמו בכל ענין הוי תנאי והטעם נותן שהרי מדעתו הותנה ורוצה הוא לקיים תנאו הלכך אף תנאי כפול לא בעינן עכ"ל. — ולפ"ז נראה דה"ה בהפקר אף שנעשה קנין יוצא מרשותו מ"מ עיקר הקנין נעשה ע"י אי' נדר וכמ"ש הר"מ ז"ל ההפקר מטעם נדר דהיינו הא שאסור לחזור בו מיד כשאמר הפקר הוי משום נדר. וא"כ כשהוא מתנה בו תנאי ושאם לא יתקיים תנאו שיהי' מותר לחזור בו ואין עליו איסור בל יחל אינו מתנה אלא בינו לבין עצמו שיחול עליו אי' נדר או שלא יחול עליו אי' נדר ואין לו בתנאו זה בינו לבין חבירו כלום מעיקרא דדינא אלא שאם אסור לחזור בו אזי יש לו לאחר לזכות בו אבל התנאי הוא בינו לבין עצמו ומש"ה לא דמי לתנאי ב"ג וב"ר כנ"ל.

אמנם בהא יש לשדות נרגא דלא דמי להא דהרמב"ן ז"ל דשם אינו מגיע לשום דבר בין אדם לחבירו אם יהי' הוא נזיר או לא רק בינו לבין עצמו אבל כאן אף שהוא על עצמו מתנה מ"מ מגיע מזה הפסד לאחר הזוכה בה — אבל עוד יש לתרץ קו' זו ע"פ סברא אחרת שכ' שם הרמב"ן בשם אחרים דנזיר נמי משכחת לה ע"י שליח שאומר אדם לחבירו הריני נזיר על דעתך וכ"ז שתרצה תדירנו בנזיר ע"כ ולפ"ז גם בהפקר יכול להיות ע"י אחר כשיאמר הריני הפקר על דעתך כ"ז שתרצה יהי' הפקר ומש"ה מהני גם על תנאי ובזה נתיישב קו' מה

שהקשה בשעה"מ על מהרי"ט דסובר דלא מהני הקדש ע"י שליח וקשה מהא דנדרים כשיעות האילו קרבן אם איכם נקללות ולפמ"ש גם בהקדש משכחת ע"י אחר באופן הנ"ל — והנה לכאורה יש לי להקשות אי מהני תנאי בהפקר א"כ במעשה של ר"י בר"י ב"מ דף ל' שאמר לכ"ע אפקרי לדידך לא ופריך עליו מהא דב"ה שצריך להפקיר בין לעניים לעשירים ולכ"ע הא לפמ"ש א"כ ודאי דאף דלא מהני לשייר היינו ע"י שיור אבל אם יפקיר ויתנה בתנאי שאם יזכה הוא יבוטל ההפקר למפרע מהני דתנאי לא הוי שיור וא"כ הא הי' יכול ר"י לומר לו כן — אלא דגמ' ע"מ שפיר פריך דהא באמת ר"י לא הותנה. כלום. אך לפמ"ש לענין שאם הפקיר רק להנצל מאיסור שבת יש כאן אומדנא דמוכח דלתנאי כיון אף דלא הותנה א"כ גם שם כיון דהא מעשיו מוכיחין שם דלא רצה להפקיר לו וכיון שהי' בתנאי — והיה מוכח משם דכל אומדנא דמוכח יותר מוכח לשיורא ולא לתנאי וכמ"ש המק"ח שם באותו ס"ק שהבאתיו ע"ש — ונראה דע"כ לק"מ ועי' משמרתי אעמודה דכאן בהפקר להנצל מאי' שבת אמדינן דעתו דלתנאי כיון דאל"כ לא יהי' הפקר ויעבור על איסור וכמ"ש הרא"ש באתרוג כתון לך ואחריך לפלוני שהבאתי דאף שלא הותנה מ"מ לתנאי נתכוון דאל"כ לא מצי נפיק ביה ע"ש היטב — והא דל"א כן בהא דר"י בר"י ה"ע משום דשם הא ר"י הפקירו כדי שלא יכשלו בו באיסור גזל וא"כ בשלומא אם ישייר אותו שלא בתנאי יהי' הפקר בעלמא אף אם יזכה בו א"ש אבל אם יהי' בתנאי א"כ אדרבה אם יזכה בו זה יתבטל ההפקר ויכשל בו הוא וכל המוכלא: — ועיין במש"א הל' הפקר דר"י בשיטת אביו ר' יוסי הולך דמהני שזכה ומש"ה אזל והיינו משום דהא לא פירש בהפקירו ולכ"ע הפקיר וא"כ איך אזל בו אלא ודאי דלא כרבנן ע"ש — וקשה לי על דבריו ז"ל דילמא כמי כרבנן אלא משום דאיכא אומדנא דמוכח דשייר לשאי דהא נתן לו שכרו והפקיר ול"ע:

הנה לפי מה שנתבאר דהמפקיר להפקיע איסור שבת יכול להפקיר ע"מ שלא יזכה בו שום אדם ומ"מ מהני וכדברי השמ"ע ולא כמ"ש הגאון בעל מש"א ז"ל — א"כ בנידן דידן ליכא שום חוב אלא זכות גמור וזכין לאדם שלא בפניו ויכול חבירו להפקיר בהמות ישראל שלא בפניו — אמנם שפתא נבוא לבאר אי מהני שליחות בהפקר דהא אי לא יכול לעשות בשם קנין א"כ יפקירם בשליחותו וזכי' מטעם שליחות ונבוא אל הביאור:

דין ג.

אי מהני שליח להפקיר.

הנה הר"ן רפ"ק דפסחים כ' בשם אחרים דשליח אינו יכול לבטל החמץ משום דביטול מטעם הפקר ואם יאמר אדם הפקר נכסיי לא מהני כלום, ולא ביאר לנו הר"ן טעמו של דבר אמאי לא מהני להפקיר ע"י שליח — ולכאורה הי' נראה דסברא זו היא כמ"ש מהרי"ט שאם עשה שליח להקדיש שורו לא מהני ונתן טעם משום דה"ל מילי ולא מצי עביד שליח על מילי כאוד דמילי לא ממסרן לשליח, אלא דכל האחרונים ז"ל תפסו עליו בכמה טעמים חדא דל"א מילי לא ממסרן אלא בשליח עושה שליח אבל בשליח ראשון לא נאמרה סברא זו כלל — עוד הקשו הא בהקדש ע"י אמירתו נעשה מעשה וא"כ כמו דמהני שליח לתרומה מהני נמי להקדש והמהרי"ט מחלק דתרומה שאני דהמחשבה הוי מעשה דנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד זה וקשה מאוד הא גם בהקדש נעשה מעשה עוד קשה מאוד הא בהפרה פליגי ר"י ור"י בקרא אישה יפירנו אי מהני שליח להפרה וא"כ שם ודאי מילי בעלמא הוי אלא ודאי מוכח דשליח ראשון מהני במילי ועיין מש"א ומל"מ שהניחו בצ"ע — ואחר העיון עלה בידינו בס"ד לבאר דברי מהרי"ט ז"ל שדבריו נכונים, והנה הא שהקשו עליו מסוגי' דמילי לא ממסרי דוקא בשליח שני הן אמת דפשטות הסוגי' כן הוא — אבל אם נעיין היטב יש ראיה למהרי"ט והוא ממה שהקשה הרמב"ן ז"ל אמאי פסול באומר אמרו וכי אין אדם עשוי לעשות שליח שלא בפניו ותי' שם דשאני גט שצריך שליחות וצריך לשמה ושיכתבנו הבעל ואין הסופר ועדים במקום בעל אם לא שמעו מפיו עצמו של בעל, והקשה שם הרא"ה תלמידו דא"כ מנ"ל לר"י דטעמו משום דמילי לא ממסרי דילמא טעמו משום שצריך שישמעו מפי הבעל עצמו ותי' הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל דכן מוכח דר"י סובר מילי לא ממסרן דאי מילי ממסרן לשליח א"כ הוי כאילו שומעין מפי הבעל עצמו דהא שלוחו של אדם כמותו א"ו לא ממסרן ע"כ — נמצא דלדעת הרמב"ן ז"ל כששמעו מפי השליח לא הוי כשמעו מפי בעל ולא אמרי' שלוחו כמותו אף שהוא שליח ראשון באומר אמרו וע"כ ה"ע משום דלא נעשו שליח של בעל במה שאמר להם אמרו לפלוני' שיכתוב משום דלא הי' להם לעשות כלום אלא אמירה שיאמרו ובאמירה לא נעשה שליח ולפי' הראשון דאי תימא דיכול לעשות שליח על אמירה בפה ושלוחו כמותו לענין זה א"כ למה פסול אומר אמרו הא שמעו משליח הבעל והוי כמותו, וא"כ שי' מהרי"ט הוא שיטת הרמב"ן ז"ל וזה ברור — ומה שהקשו על סברתו ממה חילוק בהקדש מבתרומה דאף בהקדש הא ע"י דבורו נעשה מעשה קנין להקדש ולנע"ד שסברתו נכונה מאוד והוא דמהרי"ט סובר דבכל שליח שלא נעשה אלא לדבר דבר אף שע"י דיבורו נעשה כעין מעשה מ"מ לא מהני דלא מקרי שליחות בתורה אלא לעשות מעשה גמורה בידים אבל ע"י מילי לא אף דנעשה מעשה מ"מ השליח אינו עושה כלום אלא מדבר והא דמהני בתרומה ה"ע דבאמת בתרומה הא צריך הפרשה בידים כדי לברר את התרומה מן החולין כדכתיב אשר ירימו דהיינו הפרשה בידים להפריש האיסור מן ההיתר אלא דכתבה התורה ונחשב לתורת דמחשבה עושה מעשה ההפרשה ונותן עיניו בצד זה ואוכל מצד זה וא"כ המחשבה זו באה תחת מעשה ההפרשה שהי' לו לעשות בידים — ומעתה העושה שליח הוא עושה השליח להפריש התרומה בידים אלא דהשליח יכול לעשות מעשה זו שעליו לעשות ע"י מחשבתו אבל עיקר השליחות על מעשה הפרשה היא וגם השליח עשה אותה מעשה בפיו והרי זה דומה למי שעשה שליח לעשות לו קנין משיכה בפרה זו והשליח עשה בה משיכה ע"י שקראה ובאה הפרה דזה הוי כמו משיכה בידים הכי נאמר דזה הוי שליח למילי הא למעשה נעשה שליח וכן בתרומה וזהו שהביא מהרי"ט הך דנותן עיניו בצד זה ואוכל מצד זה דהיינו שאם הוא אוכל והי' צריך להפריש ואח"כ יאכל וא"כ באה המחשבה תחת מעשה שהיה לו לעשות בידים ושפיר מהני שליח דהא למעשה נשלח משא"כ בהקדש אף שנעשה ע"י דיבורו מעשה מ"מ לא בא הדיבור תחת מעשה שהיה לו לעשות וא"כ לא נעשה שליח אלא לדבר דבר ולא מהני, וזהו סברא נכונה מאוד ראוי' למהרי"ט:

ובהיות כן נתרץ גם הקושי' שהקשו מהפרה אף דלפי הנראה היא סמוכה מאוד — ונאמר דהנה הר"מ ז"ל כ' בפי"ג מנדרים המבטל נדרי אשתו אינו צריך לומר כלום ומהו הביטול שיכוף אותה לעשות נטל ונתן לה לאכול ה"ז בטיל ואם אמר לה מופר לך נ"כ מותר וע"ש הסילוק. — ולפ"ז יש כאן הפרת נדר ע"י מעשה שיטול ויתן לה וא"כ ה"ז דומה לתרומה דהתורה נתן לו לבעל האמירה והמירה זו הוי כמעשה שכופה אותה. — והנה אם עשה שליח ואמר לו כשתידור אשתי תתן לה לאכול ותכוף אותה ודאי מהני דהא למעשה עשהו שליח וא"כ כשעושה שליח להפרה הפרה זו ג"כ באה תחת מעשה הכפייה ויש לשליח לכופה וליתן לה וע"י אמירתו הוא מתקן ועושה אותה מעשה ומש"ה מהני דלא דמי להקדש אלא לתרומה וזהו דבר נפלא בס"ד:

עוד יש ליישב לפמ"ש דין אחר מהגאון מהרי"ט ז"ל בשם שפי' הא דאמרי' בנזיר י"ב מילתא דלא מצי עביד השתא לא מצי משוה שליח דהוא ז"ל לא מפרש לה כמו שפי' בתוס' דלא מצי להשוות שליח אלא דלא משוי שליח ולא גרם לא מצי אלא דלאו אדעתיה למשוי שליח אמידי דלא מצי עביד השתא אבל אם פירש מהני ונעשה שליח, ותמה במל"מ פ"ז מאישות וכן במש"א דלפ"ז מאי פריך שם מהא דהאומר לאפוטרופים הא שם פירש בפי' והיא פליאה גדולה. — ונראה א"ש דהמהרי"ט לשיטתו אזיל דהא דמהני שליח להפרה ה"ע משום שעשאו שליח למעשה ליטול וליתן לה ולכופה ואף דלא פירש כן מ"מ הא ודאי לכל מילי דהפרה עשאו שליח ולא הוי מילי. — ומעתה הא תינח אחר שנדרה אבל קודם שנדרה כיון דאמרי' דכל מידי דלא מצי עביד איהו השתא לאו אדעתיה למשוי שליח מסתמא וא"כ זה שעשה שלא כדרך עולם ועשה שליח להפרה קודם שנדרה אף שפירש להפרה מ"מ הי' לו לפרש על המעשה הכפייה ואז הי' מהני אף להפר אבל כל שלא הי' כן לא מהני להפרה דהא ה"ל מילי ואי דעשאו שליח למעשה זו לא אמרי' דהא לא פירש כן וכל דלא מצי עביד לאו אדעתיה וצריך לפרש הכל ומסתמא לא מהני בכה"ג דלא עביד שליח למאי דלא מצי עביד וא"כ מאי דפירש פירש ולמה דלא פירש לא עשאו שליח ולא מהני להפרה לחודא דה"ל מילי ודו"ק כי נכון הוא:

ודע שמצאתי עוד קושי' על מהרי"ט בשם רע"א ז"ל מהא דאמרי' בתמורה דף ט' א"כ מקינו תמורה בציבור וכגון דשוייה שליח לאקדושי — ופלא גדול דשם ע"כ מיירי דהשליח אפריש קרבן מדידיה להתכפר זו הציבור דכן היתה אבעי' של רמב"ם דאי מקרבן שלו אלא דהוי שמקדיש שליחו של בעל הקרבן א"כ מה לו לשליח לעשות תמורה בקרבן אחר הא מיד שהקדיש השליח עשה שליחותו והלך לו וגם דהא אי מהני שליח להקדיש הא המשלח הקדיש דשליחו כמותו וא"כ אין ספק שהבעל הבהמה עושה תמורה ולא השליח א"ו דמיירי שהשליח הפריש משלו להתכפר אחר וכן בציבור וכן מוכח מפרש"י דפי' דשוי שליח לאקדישי עלייהו דר"ל משלו הקדיש וזה פשוט ול"ע על הרבה גאונים ז"ל דבכה"ג ל"א המהרי"ט. — והנה גם בהפקר שייך סברת מהרי"ט: —

אמנם האמת יורה דרכו מאחר דכולם חולקין אסך דמהרי"ט דלאו משום סברא זו כ' הר"ן בשם אחרים דלא מהני שליח להפקיר אלא כמ"ש הב"י בטעמו משום דהפקר מטעם נדר הוא וכמ"ש הר"מ ז"ל ונדר לא מהני ע"י שליח. — ומצאתי להגאון קצה"ח ז"ל סי' רע"ג שהביא להא דהב"י וכ' שם דלפ"ז אין ההפקר קנין ולא מקרי אינו שלו אלא אינו ברשותו כמו נדר שאסור לחזור בו קודם שזכה בו אחר וע"ש מ"ש בזה. — ולענ"ד לא נראין דברי הגאון ז"ל אלא דהפקר הוי קנין יוצא מרשותו ואינו שלו מקרי והא דכ' הר"מ דהוי משום נדר היינו דעיקרו הא דלא מצי לחזור בו הוי משום נדר אבל מדאורי' לחזור

בו מיד נעשה קנין ע"י דיבורו וכן פי' הרשב"ם והרא"ש בנדרים הא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט מש"ט דכתיב מוצא שפתיך תשמור ועי"כ הרא"ש מודה דהוי קנין להקדש אלא שפירש בטעמו דמשום דאסור לחזור בו וחייב לקיים דיבורו ומש"ה נעשה מדיבור שלו קנין אף דבהדיוט אין דיבור עושה קנין היינו משום דבהדיוט מותר הוא לחזור מדיבורו ומש"ה אין דיבור שלו עושה קנין אבל בהקדש שאסור לחזור בו ומש"ה עושה הדיבור קנין וכן בהפקר אף שהוא דיבור להדיוט ומי שאמר ליתן מתנה לעשיר מותר לחזור ואין בו לא נדר ולא קנין אבל ההפקר אנו למדין משביעית דיש לך נכסים כיוצא בזה דמהני ופי' הר"ן דמשום דאסור לחזור בו והוי נדר ומש"ה נעשה קנין, ולפי דעתי ה"ט בהפקר דהוי נדר משום דהפקר הוי בין לעניים בין לעשירים וא"כ הוי כמו לצדקה ומהני נדרו ועי"כ הוי קנין. ומיהו מ"מ צדקו דברי ב"י דמש"ה לא מהני ע"י שליח משום דעיקר יסודו הוי משום נדר הוא דאסור לו לחזור וא"כ ע"י שליח לא מהני דאיך יכול אחר להניח ע"י דיבורו איסור נדר ע"ז ומש"ה לא מהני אף דהוי באמת קנין וכ"ז פשוט:

והנה מצאתי שי' הפוסקים על הר"ן בזה וסוברים דהפקר לאו מטעם נדר הוא — והיא בש' רס"א בהשלך כיסו לר"ה דהסור ספק דהוי אבידה מדעת וכן פסק הרמ"א שם ודלא כהר"ן שסובר דלא הוי הפקר ע"ש ס"א מאבידה ועיין ש"ך שם סק"ג ובקצה"ח שכ' דלהר"ן ז"ל כל אבידה מדעת לא הוי הפקר. — ולכאו' נראה דבהא פליגי הר"ן לשיטתו דסובר הפקר משום נדר וא"כ עד שיאמר הפקר בפיו לא מהני דבמחשבה לחוד לא הוי נדר שצריך להוציא בשפתיו והפוסקים סברי דלא הוי משום נדר אלא משביעית ילפינן לה וא"כ אפי' ל"א כלום הוי הפקר באופן דלפי' הטור וסייעתו גם שליח מהני להפקר כיון דלאו משום נדר נגעו בה. — אבל שוב מצאתי לי סתירה דהא הב"י כתב טעם וכי על הטור דלאו מלתא היא מ"ש דהוי אבידה מדעת שבשביל שהוא אינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שמפקירם ע"ש ואי כימא דהטעם של הר"ן ז"ל משום דהיא משום נדר וצריך להוציא בשפתיו א"כ יותר הי' לו להב"י לומר סברא ברורה דאף שכוונתו להפקיר מ"מ לא מהני דצריך לומר דוקא הפקר אלא ודאי שזו איננה סברא ואי קשי' הא מ"מ אם האמת כן דכל הפקר משום נדר א"כ ודאי דלא מהני במחשבה כלל לק"מ. — ואבאר לך הך מילתא לפי דעתי ואומר אני דגם להר"ן דהפקר משום נדר מ"מ יש הפקר שאינו משום נדר וכגון הא דאמרי' סתם גללים אפקורי אפקרי להו וכן פירורין הפקר וכל כיוצא בזה והנה אף דל"א כלום וא"כ אין כאן משום נדר דכל שלא הוציא בשפתיו ליכא נדר מ"מ הוי הפקר והטעם בכל אלו משום דרוב אינשי אינם חסים על ממון כזה כלל וממילא נפקע רשות בעליהן מהם ואף שלא אמר כלום. — וכן נמי בדבר חשוב אם עשה בו מעשה גמורה המורה לנו בפי' שרוצה להוציא הדבר מרשותו הוי נמי הפקר אף שלא אמר כלום ואף דאין כאן משום נדר מ"מ הוי הפקר ואדרבה לפי דעתי זהו הפקר גמור דילפי' לה משביעית ובשעתה דזהו הוי נעשה גמורה שע"י מעשה ובכל כיוצא בזה לא הולך הר"ן לטעם נדר כלל דאכן סהדי דהוי הפקר וכן ע"י מעשה שלו הוי ודאי הפקר ולא אמר הר"ן ז"ל אלא היכי דלא עשה שום מעשה המוכחת אלא אמר יהי' זה הפקר על חפץ שיש בביתו או על שדה ובזה אמר הר"ן והב"י דהוי משום נדר דהא לא נעשה הפקר אלא ע"י אמירתו. — ומש"ה לא דחה הב"י דעת הטור אלא בסברתו דמשום שאינו חושש לפקח על נכסיו ליכא מעשה המוכחת דהוא מפקיר ומשמע דאם הי' מעשה זו מוכחת הי' הפקר אף דל"א כלום:

אשר בזה יתורצו שקו' שהקשה הגאון קצה"ח על הר"ן דהפקר משום נדר וא"כ הוי רק אינו ברשותו לפי דעתו ז"ל והקשה מהא דשבת גיגית וקדירה אפקורי אפקרי להו וכן מהא דאמר בשבת לר"א הואיל ובידו להפקירן ע"ש ולפמ"ש אפי' יהיבנא לסברתו דלא הוי אלא אינו ברשותו משום נדר מ"מ הא מלינו הפקר שאינו משום נדר וכגון שעשה מעשה המוכחת הבעלים וכמ"ש וא"כ בכ"מ דאיכא אכן סהדי כן זה ודאי לאו משום נדר הוי דהא הוא לא אמר כלום אלא הפקעת רשותו וזהו הטעם בגיגית וקדירה דשבת דשם א"ל אמירה כלל וכל שא"ל אמירה לא הוי נדר אלא קנין הפקעת רשותו וכן מהא דר"א לק"מ דהא בידו לעשות בה מעשה המוכחת ואם יעשה בנכסיו מעשה המוכחת ויאמר שזהו הפקר ודאי לאו משום נדר הוי אלא קנין וזהו ברור כשמש. — ולפי שאמור יצא לנו דאף לדעת הר"ן והב"י דהוי משום נדר ואינו יכול לעשות שליח וא"כ הי' קשה לנו הא מלינו תנאי בהפקר ואמאי מהני, ועיין לעיל מ"ש: אבל לפמ"ש עתה יבואר מאוד דהא ודאי כל הפקר ע"י מעשה מהני ע"י שליח ג"כ דהא הפקר זה לאו משום נדר הוא ובהפקר זה שפיר מהני תנאי ומדמהני בזה מהני בכל הפקר וכדאמרי' בקדושין דאף דאיכא קדושי ביאה דליתא ע"י שליח מ"מ מהני תנאי בכל קדושין משום הני קדושין דאיכא על ידי שליח ואיתקש הויות אהדדי וכן אני אומר בהפקר דג"כ כל דיני הפקר שוים וכל דמהני בע"י מעשה מהני נמי בע"י אמירה — ודאתאן עלה לפי מה שביארנו שאם הישראל יכול לעשות קנין בבהמות ודאי יכול לעשות בהם קנין ולהפקירם אבל אם אינם כאן הרי דלהפי' שאין שליחות בהפקר אינו יכול להפקיר. — אמנם לפי מה שהבאתי לעיל בשם הט"ז וש"י דודאי בעל הממון מכוון לזכות הממון לשליח והקשו עליו הא אין השליח עושה קנין ואני הבאתי ראיה לדבריהם מתוס' בכורות י"ח שהבאתי לעיל וא"כ לפ"ז גם כאן יכול להפקיר דאכן סהדי דניחא ליה בכך, וסברת התוס' לפי דעתי הוי משום דבהאי הנאה דמקבלו מאי שביתה הוי כאילו קיבל פרוטה וקנה ולא צריך שום קנין כן נראה לי — ולכתחילה ודאי דאסור אבל אם יהי' לו לבעל הבהמה הפסד גדול אם יעכבם יכול לעשות כן:

דין ד.

אם חוזר מהפקר תכ"ד.

הנה בפמ"א הביא ראיה מהירושלמי הנ"ל דיכול לחזור תכ"ד דאמר שם מעכשיו לאחר ל' לרבנן לא מהני דהוי חזרה וא"כ מהני חזרה. והביא אח"כ בשם רב"א דהמפקיר אסור לו לחזור ומפיק שם דאם חזר מהני ע"ש. — והנה לכאו' באמת קשה מ"ש מהקדש דלא מהני חזרה תכ"ד. — ובקצה"ח סי' רכ"ה הסביר הטעם דלא מהני חזרה בהקדש תכ"ד וכ' התוס' מנחות פ"א דהיא משום אמירה לגבוה כמסירה להדיוט וקשה הא גם במסירה להדיוט יכול לחזור בעשה קנין תכ"ד וכ' הגאון ז"ל לחלק דכל קנין שבהדיוט צריך גם אמירה שיאמר לו זיל קני וכל שחוזר בו אתי דיבור ומבטל דיבורא של זיל קני ונשארת מעשה הקנין בלא אמירה ומש"ה לא מהני גם הקנין משא"כ בהקדש דאמירה גופה היא מעשה הקנין לא אתי דיבור של חזרה ומבטל מעשה ע"ש. — ולפ"ז קשה מאוד מ"ש בהפקר דמהני חזרה כדמוכח מהירושלמי הא גם בהפקר ע"י אמירה נעשה קנין יוצא מרשותו ולא אתי דיבור של חזרה ומבטל מעשה. ולפי דעת הקצה"ח ז"ל דלהר"ן כל הפקר אינו קנין אלא איסור נדר א"ש אבל כבר ביארנו לעיל שאינו כן אלא דנעשה קנין וא"כ קשה. — ועי"כ נלענ"ד לחלק בחילוק אחר בין הקדש לשאר קנין הדיוט וממילא יתיישב גם בהפקר, דהא דיכול לחזור בקנין הדיוט תכ"ד אף דעשה מעשה קנין ה"ט משום דלא גמר אינש ומקני עד לאחר כדי דיבור וכן אמרו דכ"ז שעסוקין באותו ענין יכול לחזור וה"ט משום דעדיין לא גמר והקנה אבל בהקדש אמרי' דהוי כמסירה להדיוט וגם עבר הזמן של תכ"ד כן הוי אמירתו להקדש מיד כמסירה להדיוט ולאחר כדי דיבור דבהקדש גמר והקנה מיד ומש"ה לא מהני תכ"ד דחשבינן לה כמו בהדיוט לאחכ"ד, משא"כ בהפקר דהוי הדיוט לא גמר ומקנה עד לאחר כדי דיבור וזה ברור. — שוב מצאתי בפמ"א הל' צדקה סי' ח' כמ"ש וע"ש וא"כ א"ש בהפקר:

דין ה.

אין שאלה בהפקר ואם אסר על עצמו חפץ הוי נמי הפקר ומהני שאלה.

הנה הא דאין שאלה להפקר מבואר בר"ן נדרים פ"ה אבל טעם הדבר לא נתבאר דלפי דעת הר"ן ז"ל דמשום נדר הוי אמאי ליתא בשאלה קודם שזכה בה אחר עכ"פ. — ועוד יותר קשה הא כ' הר"ן והרשב"א שם שאם אסר על עצמו חפץ בהנאה ה"ז הפקר וכל הזוכה בו זכה ומ"מ מהני בו שאלה דלא פליגי הר"ן והרשב"א שם אלא אם אחר שזכה בו מחויב להחזיר דלהר"ן לא מהני תו שאלה להפקיע קנין ממונו של זה ולהרשב"א מהני אבל קודם שזכה בו מהני שאלה — וצריך ביאור מה בין הפקר זה להפקר ממש דלא מהני שאלה הא הפקר ג"כ נדר הוא:

ונראה לבאר ולחלק דבאוסר על עצמו חפץ בהנאה דהעיקר שהוא הפקר הוי משום שהחפץ אסור לו בהנאה וא"כ יש לו שאלה שהחכם מתיר לו את איסור ההנאה שבו וממילא נפקע ההפקר אבל בהפקר אחר אף דאיכא עליו איי' בל יחל לחזור מ"מ כל שנעשה קנין מיד כשאמר הפקר תו ליתא בשאלה דלא מלינו שאלה לקנין שיפקע הוא מן החכם לבטל ממנו את הקנין שעשה שהפקיעו מרשותו דכמו דלא מלינו חזרה בשום קנין כן נמי אין לו לחזור ע"י חכם דהחכם אין יכול להתיר לו ולבטל קנין אבל בהפקר ע"י איי' הנאה א"כ יש לו לחכם להתיר לו האיסור דאף שהוא ג"כ הפקר מ"מ הוא רוצה שיהי' מותר לו בהנאה ויש לו לחכם כח לעקור ממנו איי' הנאה אלא דאחר שהתיר לו ההנאה ממילא גם קנין ההפקר נפקע אבל לא החכם מבטל הקנין אלא שהוא' התיר לו ונעקר הנדר מעיקרו וזה ברור מאוד, וכן בהקדש לא הי' מהני שאלה אלא דילפי' מג"ש דזה הדבר ב"ב ק"ד ואי לאו ג"ש לא הי' מהני שאלה וה"ט משום דבאמירה נעשה קנין להקדש ואף שאם חזר מהקדש איכא ג"כ בל ייחל כדאמר בנדה מ"ו קטן שהקדיש ואכל את הקדישו לוקה משום בל ייחל וא"כ הי' לנו לומר הוא אינו מותר אבל אחרים מותרין לו ומהני התרה ול"ל הג"ש א"ו דמשום שנעשה קנין באמירתו להקדש וא"כ הוא בא אלא הכם להתיר

לו החזרה מן ההקדש ויה"י החכם מתיר ויבטל את הקנין דזהו עיקר שאלתו של בעל ההקדש וזהו לא מהני דאין חכם עוקר שום קנין ודין ממון דלא נתנה התורה רשות אלא להתיר את האיסור אלא דבהקדש איכא ג"ש אבל בהפקר דליכא ג"ש לא מהני דגם בהפקר לא בא אלא לבטל לו הקנין ולהתיר לו החזרה אבל באיסור הנאה היא בא להתיר לו האיסור הנאה אף שאינו שלו והחכם מתיר לו אותה הנאה ונעקר הנדר מעיקרו וממילא בא ביטול הקנין:

כלל יד.

ספקא מתנות עניים וספק הפקר.

דין א.

ספק הפקר.

הר"מ בפ"ב מנדרים פסק דאין יד להפקר והיא אבעיי בנדרים וכ' הלח"מ שם דהוי ספיקא דממונא ולקולא. ועיין קה"ח שנדחק מאוד בזה דהא להר"נ דהפקר משום נדר הוי ואיכא בל יחל וא"כ הוי ספק איסורא והר"ן כ' ג"כ שם בנדרים דהך איבעיי לקולא וכתב הקה"ח דודאי לאו משום נדר ולדקה הוי דאי משום נדר א"כ לחומרא ה"ל למיזל ועוד דמדאבעי אי יש יד להפקר א"כ הגמ' מסופק בהא אי הוי נדר או לא וע"ש. — ובש"ך יו"ד סי' רנ"ט ס"ק י"ד פסק גם כן דבהפקר לכ"ע הוי ספיקא דממונא ולקולא והקשה במעדני מלך ג"כ הא להר"נ הוי ספק אי בל יחל:

ולעד"נ שאין כאן שום סרך קו' דההפקר כ"ע מודי ביה דאי לאו דגמרי' לי' משמיטה לא הוי מהני כלום משום נדר דהא הוא בין לעניים בין לעשירים ואין כאן משום צדקה ואפי' לב"ש נמי אין זה לשון צדקה כלל ולא מהני הנדר כמו דלא מהני אם אמר ליתן מתנה לעשיר אמירה זו לא הוי כלום אלא דילפינן משמיטה דכל נטישה מהני וממילא אם נטש באמירה נמי הוי הפקר ואסור לחזור בו משום נדר אלא דכ"ז אי מהני הלשון שאמר ונעשה הפקר אז יש בו איסור נדר לחזור: אבל אם לא הוי לשון זה לשון דמהני להפקיר אין כאן נדר. וא"כ לפ"ז איסור נדר שבו תלוי בדין ממון שבו שאם אמר לשון דיש בו דין הפקר לענין ממון דהיינו דמהני לשון זה שיהי' יוצא מרשותו ואינו ממונו אז יש בו איסור נדר שאסור הוא לחזור בו אם לא ע"י זכייה ואף שלא זכה בו אחר ואין לו שום תובעין מ"מ הוא אסור בחזרה אבל אם אין הלשון מספיק להיות בו דין ממון שיצא מרשותו ליכא כאן אי' נדר וכיון שכל איסור שבו בדין ממון תלי' ממילא דכל שיש כאן ספק על שאין שום אדם יכול לזכות בו ולהוציאו מבעליו משום דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא והממע"ה א"כ אין כאן שום איסור ואפי' דררא דאיסורא ליכא כאן דהא אין זה הפקר לענין ממון וכל שאין זה הפקר לענין ממון אין כאן דין הפקר ולא דין נדר. — ואין זה כצדקה לעניים דאפי' אם לא זכו העניים מ"מ יש עליו דין נדר מצד נדר של צדקה שעליו והוא אקרקפתא דגברא מחויב לקיים נדרו כאשר נדבר אי"ה לקמן. אבל הפקר כל שאינו הפקר מדין ממון נדר נמי ליכא בו כלל. — וזה דומה למ"ש הריטב"א ביבמות פ' נושאין דף ל' גבי הא דקתני ומוכרין את תרומתן והדמים שלהם וכו' שם וז"ל ויש מקשין כיון דספקא דאו' היא היאך שרינן לעשות כן ולגזול את השבט ולבטל מצות נתינה ומתרצים שלא חייב הכתוב מצות נתינה לישראל אלא בודאי ואין כאן משום גזל עד שיודע בודאי שחייב בנתינת התרומה עכ"ל. והנה קושייתו דאף דמצד ממונא שבו הוי דינא דכל הממע"ה מ"מ הא יש בו צד איסור ספק מצות עשה של נתינה לכאן וספק גזל השבט והי' לנו לילך לחומרא ולא לקולא וע"ז תי' דכל האיסור שבו אינו איסור בפני עצמו אלא תלי' בממון שבו וכ"ל שאם ממון זה של כהן מדינא אז חייב בנתינה אבל אם ממון זה אינו של כהן מדין ממון שבו אזי גם איסור ליכא וכיון דאיסור בדין ממון תלי' א"כ כשמוקמינן הממון על חזקתו גם דררא דאיסורא ליכא וכן ועוד יותר יש כאן בהפקר שברא זו דכל דלא הוי הפקר לענין דין ממון שבו גם סרך אי' ליכא וזה ברור. — והגמ' שמסופק אי יש יד להפקר או לאו משום דמסופק אי הוי משום נדר או לא דהוי ידעה דהוי משום נדר אלא בהא מסופק אי הוי דיני' כצדקה משום דיש בו אף לעניים ומהני בו יד או דילמא כיון דהוי אף לעשירים וא"כ לא הוי ממש כצדקה דהיינו שאין בו נדר אלא מכח דין ממון שבו ואינו כצדקה שיש בו נדר ומיוצא על האדם וא"כ הפקר זה אף שיש בו נדר מ"מ לאו מגוונא דצדקה ומש"ה מסופק בו אי מהני יד ולא משום דלא ידע מה הוא דודאי ידע שהוא נדר וגם ידע שאין נדרו כנדר של צדקה אלא בממונא תליי אלא שמסופק מ"מ אם מהני יד משום דמ"מ יש בו נדר או לא. — אבל אחר שנאמר בספק הדין דליכא דכ"ע מודו בספק זה שאין זה אלא ספיקא דממונא דכל איסור שבו בממון תלוי. — ויותר מזה כתב הרשב"א בתשובה תרכ"ו דאפי' ספק הקדש מוקמינן לה בחזקת מרה קמא והוי לקולא והנה ספק הקדש הוי ודאי ספק איסור הקדש ומ"מ אזלי' לקולא וה"ט ע"כ משום שאין שם איסור נדר שיהי' ספק איסור בפני עצמו אלא הספק הוא אם הוי זה הקדש דהיינו אם קנה הקדש והוי ממונו או לא קנה ולא הוי ממון של הקדש וא"כ אף שאם הוא של הקדש איכא איסורא מ"מ כל האיסור בממון תלי' שאם הממון של הקדש אז יש בו איסור וא"כ אי מוקמינן לממון בחזקתו ולענין ממון אין זה להקדש א"כ אין כאן שום איסור ואפי' ספק איסור דהא יש כאן חזקה המועלת לענין ממון ואיסור שלו בממון תלי' — ועוד הא בכל ממון אפי' של הדיוט יש כאן ספק גזל וא"כ הוי ספק איסור וכבר הקשה כן מהר"י באסאן ועיין קונטרס הספיקות להגאון מו"ה יהודא כהנא ז"ל שהביאו והביא מה שתי' מהרי"ב ז"ל, ולא נראה לו וכתב הוא ז"ל וז"ל ונראה לי דפרוקי דהאי מילתא כך היא שלא אסרה תורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין כו' ולהכי ספק ממון שהדין בו הממע"ה גם דררא דאיסורא לית בו כשאינו מחזירו עכ"ל והנה כיון הגאון ז"ל לסברת הריטב"א הנ"ל וממילא לפ"ז שגם בהקדש כן הוא דהא אין חילוק בין איסור גזל של הקדש לשל הדיוט לענין איסורא אלא דבגזל הקדש עובר על לאו דמעילה ובגזל הדיוט עובר על לא תגזול ובגזל דבר הפקר קודם שזכה בו אחר דהיינו שחזר בו עובר להר"נ בבל יחל אבל עכ"פ כולם סוג אחד להם שכל שהוא ממון חבירו או בהקדש ממון הקדש או בהפקר יצא מרשותו וממון שאינו שלו עושה איסור אבל כל שמדינא אין זה ממון חבירו או של הקדש אינו עובר כלום ומש"ה סגי בהממע"ה אפי' לענין איסור שבו וכל זה ברור:

והנה ממ"ש נ"ל לחדש דאפי' לדעת הר"נ דהפקר מטעם נדר מ"מ מי שאמר פירות דקל זה יהיו הפקר לכשיבואו לעולם אף שאם אמר כן להקדש או לעניים הרי זה חייב לקיים דברו לדעת הר"נ בהל' מכירה ומתנות עניים דאף שלא קנה ההקדש מ"מ חייב משום נדר וכן אם אמר אתן כ"ע מודו ביה, ובהפקר נראה דאינו כן דדוקא הקדש או צדקה יש בו חיוב נדר אף בלא קנין ומשכחת נדר אקרקפתא דגברא בלא קנין כלל וכגון שאמר הרי עלי ליתן אבל בהפקר נראה שאם אמר הרי עלי להפקיר דבר זה לא אמר כלום ואינו חייב לקיים דברו משום דלכ"ע ילפי' להפקר משביעית וא"כ כל דאיכא ונטשה יש בו הפקר אבל כל דלא נטש עדיין אלא אמר שעליו לנטוש לא הוי כלום דמשום צדקה ליכא דהא בין לעניים בין לעשירים וקרא דבפיך שנאמר בצדקה לא איירי אלא בצדקה ברורה שהוא רק לעניים, ולא אבעיי בגמ' אלא לענין יד אי מהני בהפקר כמו בצדקה משום דאי מהני יד הוי הפקר מיד אבל לענין שיהי' מחויב לקיים נדרו אם אמר עלי להפקיר לא נסתפק כלל — ולפי דעתי אף שלא מצאתי דין זה מפורש נ"ל מסברא דאין כאן שום נדר:

דין ב.

ספק מתנות עניים.

הנה בספק מתנות עניים כתבו הרשב"א והרמב"ן בנדרים דהוי לחומרא בהך אבעיי' אי יש יד לצדקה והר"ן דעתו דהוי לקולא והקשה עליהם מגמ' חולין קל"ד וכ' הר"ן וז"ל ואיצטריך לשנויי הכא פרה בחזקת פטורה קיימא קמה בחזקת חיובא קיימא אלמא טעמא דבחזקת חיוב קיימא הא לא"ה ספק פטור ואם איתא דספק ממון עניים ה"ל ספיקא דאיסורא ל"ל לשנויי הכי עכ"ל בקושיא ראשונה וכתב עוד וז"ל ועוד דהתם נמי אקשי ליה אביי והרי עיסה כו' וא"ל ספק איסור לחומרא ספק ממונא לקולא ואם איתא דספק עניים מקרי ספק איסורא בהאי פרוקא גופא הוי מצי לשנויי ליה הא דאקשי' מסורי כמאן אמתניי' עכ"ל — והנה קודם כל דבר יש לנו לראות מה דעת של הר"ן ז"ל בפי' הרמב"ן והרשב"א ז"ל שהקשה עליהם מהך סוגיא דלכאורה המרחק רב ביניהם דכאן איכא ספק נדר דהא אי מהני יד א"כ נדר ואיכא ספק איסור בל יחל משא"כ שם הא לא נדר. ומאי ספק איסור יש שם — ונראה דסובר הר"ן בדעתם שגם כאן ליכא איסור נדר דהא אמר הרי זו ואי קנו עניים יש כאן איסור ואי לא קנו אין כאן איסור וא"כ אין כאן אלא ספק של קני וספק זה הוי ספק ממון ואף דאיכא ג"כ איסור מ"מ כל שאיסור בממון תלוי שאם אין זה של עניים אין כאן איסור וא"כ יש כאן דין של הממע"ה וכמו שכתב הרשב"א בספק הקדש והי' סובר הר"ן דע"כ מסברי הם ז"ל דמ"מ הוי ספק איסור ולא מהני חזקת ממון של הנודר להכריע ולהפטר אלא לחומרא אזלינן ע"כ דלדעתם בכל ספק של ממון עניים דהיינו המתנות שחייבו התורה ג"כ לספק איסור חשבינן להו לדעתם דאין לחלק כלל בין הך דהרי זו שחייב הוא עצמו בה למתנות שחייבו התורה כיון שבהרי זו אין כאן נדר ומש"ה הקשה מסוגי' דחולין דשם מוכח דמתנות עניים הוו ספק ממון ולא איסור וא"כ גם כאן לא הוי אלא ספק ממון ולקולא.

ואי

ואי תקשה דאי הוי סובר הר"ן בדעתה דלאו משום א"י כדר הוי לאו ספיקא דאיסורי א"כ מאי ספיקא דאיסורי יש כאן ול"ל להר"ן להוכיח כנגד דעתה מגמ' הא ליכא שום סברא דלהוי ספיק' דאיסורי י"ל דהוי סובר הר"ן דמש"ה סברי דיש כאן ספק א"י משום שמצות שמחויב גם האדם ליתן צדקה לעניים דמשום הך מצוה אמרה גם התורה בפ"ק זהו צדקה שחייב לקיים כדרו בעני משא"כ אם אמר עלי ליתן מתנה לעשיר. וה"ט משום דיש בה מצות עשה וא"כ משום הך מצוה הוי כמו ספיקא דאיסורא ומעילא שגם בלקט שכחה וכל מתנות עניים כן וכן הקשה הריטב"א יבמות שהבאתי דהוי ספק מצוה — וזהו ספק איסור. — והשתא נבוא לבאר סוגי' דחולין ומה שהביא הר"ן מהנה ומה דקשה על הר"ן. — ונאמר דסוגי' דחולין לכאו' קשה דמשני הכא פרה בחזקת פטורה קיימא וקמה בחזקת חיובא והדיוקים סותרין אהדדי דאי צריך לחזקת פטורה של פרה להיות פטור ואי לאו חזקה זו הוי חייב א"כ צ"ל למימר נמי דקמה בחזקת חיוב הא אפי' אי לא הוי שום חזקת חיוב מ"מ כל דליכא חזקה לפטור חייב ואי צריך דוקא חזקת חיוב דקמה לחייבו א"כ צ"ל חזקת פטור דפרה לפטרו הא כל דליכא חזקת חיוב לחייבו אינו חייב אף דליכא חזקה לפטור וכבר הרגיש כן הגאון ח"ס ז"ל בתשו' ש"ע יו"ד וכ' דחזקת חיוב דקמה לאו דוקא וחזקת פרה בחזקת פטורה דוקא ע"ש — והגאון מו"ה יהודא כהנא ז"ל בספרו קונטרס הספיקות שלו הוא ג"כ כי דלאו דוקא אלא כל דלא קיימא בחזקת פטורה דהיינו חזקת מרא קמא דכן פי' הוא ז"ל הא דחזקה פטורה היינו דאיכא חזקת מרא קמא משא"כ קמה דליכא חזקת מרא קמא דהא דאמר חזקת חיוב לא חזקת חיוב ממש קאמר דמה חזקה איכא כאן דהא אנו מסופקים על דגן זה אם הוא משל ב"ה או של לקט וא"כ מאי חזקת חיוב יש כאן אלא דליכא חזקת פטורה דהיינו חזקת מרא קמא אלא חזקת ממון שהבע"ה מוחזק וזה לא מהני כמ"ש גם בשם מהרש"ם חיון ז"ל ע"ש — ולענ"ד כאשר הבנתי מדברי הר"ן ז"ל כאן לא כן הדבר דהר"ן הא דייק למילתיה ואמר אלמא טעמא דבחזקת חיוב קיימא הא לאו הכי פטור אלמא דהר"ן סובר דהך דאמר קמה בחזקת חיוב קיימא היא דוקא בכלאה מלשונו ועוד דאי סובר הר"ן דלאו דוקא לא דייק מידי דהא חזקה זו דפרה בחזקת פטורה קיימא ודאי חזקה טובה היא דאפי' לספיקא דאיסורא מהני ולא כמ"ש הגאון ז"ל בקונטרס הספיקות דהכא אינו חזקה טובה היכא דפרה זו מעיקרא בחזקת פטורה ממצוה זו עומדת וחזקה דמעיקרא הוא חזקה דאורייתא דמהני גבי איסור נמי ואפי' אי הוי ספק מתנות כהונה ג"כ ספיקא דאיסורא וכמו שהקשה הריטב"א ביבמות שהבאתי וכן לפי מה שהבין הר"ן בדעת הרמב"ן והרשב"א דכל ספק ממון עניים הוי ספקא דאיסורא אפי' בלא נדר א"כ גם ספק מתנות כהונה כן הוי ספק איסור דמ"מ ומ"מ הוי מהני חזקת פטורה דפרה לספק זה, והגאון ז"ל סובר דחזקת פרה לא הוי אלא חזקת מרא קמא דלא מהני אלא בממון וא"כ מהיכא דייק הר"ן דאלמא טעמא משום חזקת חיוב הא לאו הכי פטור דספק עניים הוי ספק ממון הא אפי' אי ספק איסור מ"מ שפיר קאמר דקמה מש"ה חייב משום דליכא חזקת פטורה והוי ספק איסור בלא חזקה וחייב — א"ו דהר"ן סובר דהא דקמה בחזקת חיוב הוא דוקא וע"ז שפיר מדייק דאי ספק עניים הוי ספק איסור א"כ צ"ל חזקת חיוב דוקא הא אפי' בלא חזקת חיוב חייב:

והנלענ"ד בזה דכנא דהא דאמר חזקת חיוב הוא דוקא וכמו שאבאר, דהנה כל קושי' הגמ' דהם סובבת על הטעם דאמר רשב"ל מקרא דעני ורש הצדיקו וסובר הש"ס דקרא זה נאמר בין במתנות עניים בין במתנות כהונה וכן הסברא וא"כ מש"ה פריך דאמאי פטור במתני' הא ג"כ יש להצדיקו אף דמדין ממון הוי פטור דהממע"ה מ"מ יש להצדיקו כמו בקמה וע"ז משני הכא לחלק דלא אמרה תורה צדק משלך אלא כגון בקמה דהחיוב ודאי בקמה זו שודאי נתחייב מתנה במתנות אלו וספק נתן אותה דהא אם הם של לקט הרי לא נתן הלקט מקמה זו וכל שודאי חייב היה ליתן וספק אם נתן אמרה תורה להצדיקו את העני אבל פרה בחזקת פטורה וכ"ל שבפרה זו כל החיוב בספק מעיקרא אם נתחייב מתנה או לא וכה"ג לא אמרה תורה לצדקו את הכהן ולא את העני בכה"ג ולא משום שיש לפרה זו חזקה לפוטרה ולילך בתר חזקה הוא צריך אלא משום דכל עיקר חיוב שלה הוא מספק והסילוק מבואר שהוא כמו באינו יודע אם נתחייבתי מאיני יודע אם פרעתיך דאינו בשום וכן כאן יש חילוק זה וחילוק נכון הוא דלא אתי ספק נתינה ומפיק מודאי חיוב דאם לא נתן כל הלקט הוי כלא נתן כלום אף דמדינא פטור מ"מ דיש לו חזקת ממון מ"מ התורה חייבו אבל בספק נתחייב לא חייב הוציא והוא ספק ממון והוא מוחזק:

והשתא נבאר דברי הר"ן דלכאורה לפי הפשוט נראה דקו' הראשונה הוא כמו קושי' השניים דלמה לא משני הכא לחלק בין ספקא דעניים דהוא ספק איסור להא דמתני' אלא דלא משמע כן כלל דא"כ למה חלקן הר"ן לשני קושיות הא קושי' אחת הוא ומאי ועוד דקאמר והי' להר"ן לערבה עם קושי' הראשונה אם לחזק הקושי' הוא בא ולומר דרבא עצמו משני כן לקמן ולא לחלק לשני קושי' — עוד קשה מאוד על הר"ן דהא אף לפי דעתו דספק עניים הוי ספיקא דממון מ"מ אי אפשר לילך בזה לקולא דהא טעמא אמר דצדק משלך אמר קרא וא"כ מה לי מצד סומכא דקרא זה ומה לי מצד שהם ספק איסור בעלמא מ"מ צריכין אנו לילך בזה לחומרא וא"כ מה זה שהביא הא"ש מזה דספק עניים לקולא הא אדרבה שם נאמר דלחומרא אזלי' וא"כ כמו שיתיישב הסוגי' לדעתו של הר"ן כן נמי לדעת הרמב"ן דהרמב"ן נמי לא אמר אלא דלחומרא אלא דהוא מצד ספק איסור אמרה ומה חילוק — ועוד קשה באמת למה לא נלך גם כאן בא"בעי' דיש יד לחומרי משום קרא דצדקיהו כמו בכל ספק עניים. ובח"ס תשו' יו"ד שהאריך כן לתמוה על הנמוק"י ב"ב שכ' ג"כ אהך דהכ"מ שפסקים דבמתנות עניים הוא דאמרי' כן ספק לקט לקט דכן פי' בירושלמי מקרא עכ"ל הני' ותמה בח"ס הא בחולין מדמה מתנות כהונה למתנות עניים וא"כ זה דלא כהנמק"י וגם על הר"ן דכאן קשה כמו שהאריך שם:

ונראה לבאר הכל בס"ד דהר"ן סובר בפי' הגמ' דהם כמ"ש דעיקר הוא הך דקמה בחזקת חיובא דהיינו שהוא ודאי נתחייב בה וספק נפטר ממנה ומש"ה אמר קרא צדקיהו וכן הא דאמר הגמ' ב"ב שם זהו כוונתו דבכל שאר ספק צדקה וכגון שם בב"ב וכן הך דכרכים בספק יש יד לא אמרי' לחומרא אלא במתנותן של עניים בספק לקט לקט וצ"ל דוקא בגוונא דהחיוב ודאי ומש"ה הביא הך דספק לקט לקט דהם החיוב ודאי וע"ז נאמרו קרא' בירושלמי וסמך עצמו הנמק"י על תי' של רבא קמה בחזקת חיוב משא"כ בכל שאר ספק שהוא ספק נתחייב או לא נתחייב לא אמר קרא צדקיהו. — וזהו כוונת הר"ן בקושי' הראשונה טעמא דבחזקת חיוב הא לאו הכי פטור ואם איתא דספק עניים הוי לחומרא משום דהוי ספק איסור ובלאו קרא דצדקהו א"כ אף דמ"מ מתורץ הרומיא דבמתני' מ"מ פטור שפיר אף דהוי נמי ספק איסור לפי מה שהבין הר"ן בהרמב"ן והרשב"א דכל האיסור הוי משום חיוב המצוה וא"כ כן נמי במתנות כהונה הוי איסורא מ"מ שפיר פטור דהא איכא חזקת פטורה של פרה דמהני גם לספק איסור וכמ"ש לעיל דהוי חזקה טובה דמעיקרא אבל מ"מ קשה ליה להר"ן דא"כ צ"ל לשנויי הכי דהיינו צ"ל לומר בכלל קמה בחזקת חיוב קיימא הא אפי' אי לאו חזקת חיוב נמי חייב דהא הוי ספק איסור ולחומרא ולא הל"ל אלא הכא פרה בחזקת פטורה ולהכי המתני' דאין לומר דנקיט כן שלא בדיוק כיון שא"כ לאמרו כלל ולשתוק לגמרי מהך דקמה בשלמא לדידי דספק עניים הוי נמי לקולא וצריך לומר דמש"ה אזלינן שם לחומרא משום דקמה בחזקת שנתחייב ופרה אינו בחזקת שנתחייב ונקיט הלשון בחזקת פטורה אין זה קושי' דהא עכ"פ לא הי' לשתוק דצריך לחלק בין ספק ממון לספק ממון משא"כ להרמב"ן דעל הא שחייב ליכא שום קושי' דמן הדין הי' לחייב דהוי ספק איסור ולא קשה אלא אהא דפטור והי' לו לומר פרה בחזקת פטור ומש"ה פטור — ועוד הקשה הא רבא עצמו תי' לאביי דספק מתנות כהונה הוי דממונא וא"כ לא הי' לומר ולהזכיר שום חזקה אלא כאן איסור וכאן ממונא, ולא הקשה הר"ן עליהם ז"ל דלדידהו מ"ע עניים דהוי איסור ומ"ע מתנות כהונה דהוי ממונא כדאמר רבא דזו לא הי' כ"כ קו' דאפשר מתנות עניים הוא דהוי איסורא לדידהו דאיכא בהו בל תאחר ומיכי ממצות מתנות כהונה — אך זאת קשה לי דאמאי לא הקשה להם הר"ן פשוט מהא דאמר רשב"ל טעמא משום צדקהו צ"ל טעמא הא אי ספק עניים לחומרא משום איסורא א"כ ל"ל קרא — וכנראה שגם זה לק"מ דהא המרדכי הביא קושי' בשם רבינו משולם דאמאי הוי לקט הא קיימא כל דפריש מרובא פריש והוי של ב"ה ותי' דמשום קרא דצדק משלך והקשו האחרונים ז"ל הא אזלינן דאפי' חזקה דפרה מהני לפטור דלא אמרי' צדק משלך נגד חזקה ומכש"כ נגד רובא דעדיף — ולפמ"ש אין כאן שום קו' על המרדכי דהוא מפרש לה כמו שכתבנו דלאו משום חזקה דפרה פטור אלא משום דכל היכא דעיקר החיוב בספק לא כתיב קרא דצדק משלך ושפיר תירץ המרדכי דבקמה הוא"ל דודאי נתחייב והם נאמר צדקהו משלך לא מהני הרוב לפטרו כמו דלא מהני לו חזקת ממון דמדינא הי' פטור דהא ספק ממונא לקולא לנתבע ומ"מ אמרה תורה צדקהו ומש"ה לא מהני רוב דהא רוב גרע מחזקת ממון לגבי ספיקא דממונא וכיון דלא מהני חזקת ממון גם רוב לא מהני משא"כ פרה כל הטעם לאו משום חזקה שלה לפטור אלא משום דאין כאן חזקת חיוב דהיינו כל עיקר החיוב שלה בספק והוי איני יודע אם נתחייבתי וע"ז לא נאמר קרא צדקהו אלא באינו יודע אם פרעתיך וזה ברור ונכון:

ומעתה לפ"ז לא הי' יכול הר"ן להקשות עליהם מהא דרשב"ל דל"ל שצריך קרא אף דספק עניים הוי לחומרא מ"מ אתי קרא דאפי' בתר רובא לא ניזל ולא נאמר כל דפריש ולכך לא הקשה אלא כמו שהקשה דעכ"פ מוכח דבכל ספק עניים בלא האי קרא הוי לקולא דאי לחומרא ה"ל לרבא לתרץ כן וכמו שהקשה — ונבואה לדידהו השתא דבכל מקום דהוי ספק אם נתחייב או לא דלא אמר קרא צדקהו אזלינן לקולא וכן כאן בבעיין דיש יד וכן בהא דיבמות וכל כה"ג ולא ונדוק דלא קשה לפי מה שביארנו שום קושי' ממה שהקשו האחרונים ז"ל בהך מילתא:
והא דהגהות מרדכי פ"ק דב"ב דמי שיש בידו מעות ומספקא ליה אי של

לדקה המובא בש"ע ככ"ע תי' המהרי"ט שם שכ'. וז"ל והעמדנו דברי ההשג"ה דוקא דוחי' דספק לקט דאתחזק שם הלקט וכגון שהי' בידו מעות של לקט כו' ע"ש דנראה דמהרי"ט אתי עלה משום דאתחזקה הלקט אבל הקשה שם לפ"ז מהך דבכורות גבי שתי רחלים מת אחד מהם ולא הי' שם זכר. ומהר"ם חיון תי' הך דהג"ה דמספקא ליה שמא הקדישן לעניים וע"ש: ועיי' כ"ע אלגאזי בכורות דף ל"ו ד"ה הן אמת מה שהקשה על הר"ן דלמה לא הקשה מספק פדיון הבן דקיי"ל לקולא המע"ה ע"ש ולפמ"ש בדעת הר"ן לק"מ ודו"ק:

ונחזור לדברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל דפסקו לחומרא בהא דיד. ונלע"ד דטעם פלוגתייהו בהא עם הר"ן דהר"ן סובר דהאומר הרי זו להקדש או לצדקי' אין כאן שום נדר אלא אם קנה ההקדש קנה ואם לא קנה לא קנה ואקרקפתא דגברא אין כאן שום חיוב וכיוצא בזה אם אמר על דשלב"ל יהי' זה לצדקי' או פי' דקל אילו יהיו לעניים כשיבואו לעולם דאין הקנין של אינו מחויב לקיים דברו משום נדר דכל לשון יהי' אין כאן נדר וכן סובר הראב"ד פכ"ב ממכירה דלא הוי נדר אלא בלשון אתן. וא"כ מש"ה סובר הר"ן בדעת הרמב"ן דע"כ הוא סובר כן בכל מתנות עניים דהוי לחומרא מטעם שכתבתי לעיל דאי משום נדר או ספק נדר לא הי' להם לפסוק לחומרא דאין כאן רק ספק של קני וספק ממון דמה לי ספק ממון של הקדש מספק ממון של הדיוט אם לא קנה ההקדש ליכא שום חיוב ואיסור על האדם וא"כ חזקת ממון מכריע בהקדש כמו בהדיוט. — אבל הרמב"ן והרשב"א סוברים כדעת הר"ת ז"ל דאפי' אם אמר יהי' זה להקדש ולא קנה ההקדש כגון בדבר שלא בא לעולם יש עליו חיוב ליתן ולקיים מוצא שפתיו משום נדר ומש"ה סוברים כאן להחמיר דאף דחזקת ממון מכריע דלא קנו העניים מספיקא מ"מ בא' נדר שעל גופו לא מהני הכרעה זו של חזקת ממון דהוי ספק איסור דלא תלי' בקנין כלל דאפי' לא קני חייב לקיים דברו מספק אי' נדר. גם מהרי"ט ס"ל דבריהם בנדר אלא שאמר דעיירי באתן ולא הבנתי דלפ"ז במאי פליגי אבל לפי דעתי בהא פליגי וכן מבואר פלוגתא זו בין הר"ן והרא"ש לקמן דף כ"ט גבי שור זה עולה לאחר ל' יום שלמים, דהקשה שם הר"ן אמאי אינו חוזר הא לא אמר מעכשיו ובהדיוט ג"כ חוזר וע"ש מה שתי' והרא"ש כ' שם דחייב לקיים דיבורו כאילו נדר ומוצא שפתיו ישמור וע"ש דנראה דבהא פליגי. הר"ן סובר דבאמר יהי' אין כאן נדר ואם לא קנה הקדש לא הוי כלום ויכול לחזור ומש"ה הקשה והרא"ש סובר דיש כאן נדר אפי' ביהי'. — וא"כ גם כאן בהא פליגי, ולפ"ז אתי שפיר שיטת הרשב"א שהקשה הש"ך סי' רכ"ט וכן הרא"ש אינו סותר א"ע דהא שפסקו כאן לחומרא משום ספק נדר הוא שמחויב לצאת ידי ספק נדרו אבל שתם היורשין אינם מחויבים לקיים נדרו ואין שם אלא ספק קני או לא ואוקמינן ממונא בחזקתו וכן לעניים לא אמרי' בכה"ג לדק מהלך ובדין זה מודי הרמב"ן והרשב"א לדין הר"ן דלקולא אזלינן היכא דלא הוי בחזקת חיוב ודאי כקמה. — אבל מצאתי לי און ברשב"א לקמן דף כ"ט דהוא ז"ל פסק שם דאם אמר ה"ז עולה לאחר ל' יום יכול לחזור וא"כ ע"כ סובר דאם אמר יהי' אינו חייב לקיים מוצא שפתיו ודלא כהרא"ש וא"כ אין כאן ספק נדר. — וכאן פסק גם הוא כהרמב"ן. — ונראה לתרץ דהא דאמר לקמן דיכול לחזור היינו שאם חזר בו אין השור עולה דלא קנה ההקדש כל שחזר בו דלא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואומר מעכשיו דמי דלא מצי הדר ביה אלא כמו שההדיוט חוזר אם לא אמר מעכשיו כן נמי הקדש לא קנה אבל מ"מ אסור הוא לחזור בו דיש כאן מוצא שפתיך תשמור. — וכן נראה דשם מדין קנין איירי סוגי' אם קנה הקדש ולא מהני חזרה שלו כלום דהא כן אמר שם אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט והיינו דנקנה השור ואפי' חוזר בו לא מהני. ואמר הרשב"א ז"ל דלפי מה דקיי"ל יכול לחזור ונסתר בדבריו שלא אמר מותר לחזור בו אלא יכול לחזור אם רוצה לעבור על הא' נדר מהני חזרה שלו כן נראה לי וא"ש הכל כהוגן בס"ד:

היוצא לנו לדינא מכל מ"ש דבספק כ"ע מודי דאזלינן לקולא דלא משכחת בי' אי' נדר אקרקפתא דגברא כלל וכל אי' נדר שבו אינו אלא אם מהני ההפקר וזה כמ"ש הש"ך. — ובספק מתנות עניים בדליכא חזקת חיוב דהיינו שמחויב ודאי כמו בקמה אז אזלינן לחומרא. משום לדק מהלך ואפי' רובה לא מהני לפטרו אבל בדליכא ודאי חיוב אלא שהספק בעיקר החיוב הוא אזלי' לקולא וה"ט דשתי רחלים בבכורות שהביא מהרי"ט להקשות דלדידיה שהדבר תלוי באתחזק כאן לקט א"כ שפיר הקשה דהא גם שם אתחזק אחת בין שתים בכור אבל לפמ"ש אין הדבר תלוי באתחזק אלא אם הוי ודאי חייב וספק נתן ומש"ה בקמה דקיימא כל הקמה זו בחיוב לקט ודאי והרי כל הקמה היא דבר אחד שיש לו עליה חיוב לקט ואם לא נתן ממנה כל הלקט שבה לא קיים המצוה שבקמה זו וא"כ ודאי חיוב וספק נתן וספק לא נתן — אבל שם כל רחל ורחל היא חיוב בפני עצמה וא"כ בכל אחת ליכא חיוב ודאי דשמא היא הפטורה ומש"ה במת אחד מהן פטור משום דהוי בכל אחת ספק חיוב ספק לא חיוב. — וכן בהא דיבמות שנתערבו הוולדות ג"כ כ"ע מודי דעל כ"א הוא ספק חיובא ומ"ה פטורי וליכא משום לדק מהלך ובספק הבא מחמת נדר וכגון שאמר הרי עלי כ"ע מודי דאיכא

ספיקא דאיסורא לחומרא וכה"ג יש לפרש הגה"ה שבמרדכי פ"ק דב"ב. ובאבעיי דיש יד וכל כה"ג דאמר יהי' פליגי בה הרמב"ן והרשב"א עם הר"ן ז"ל:

כלל טו.

טובת הנאה.

דין א.

הנהו דכתיב בהו עזיבה מה דינם.

כתבו התוס' בחולין קל"א ד"ה יש לדבר שיש בו ט"ה לבעלים אפי' בא עני ולקחו מוציאין אותו מידו ודבר שאין בו ט"ה אם לקחו אין מוציאין ומיהו אם בא ושאל אם ירצה לא יתן לו דקרי ליה לעיל ממון שאין לו תובעין ואם הי' צריך ליתנו לתובעו א"כ ה"ל יש לו תובעין עכ"ל — וכן כ' הר"ן וז"ל ומשמע דכל שיש ט"ה לבעלים בא כהן ונטל מוציאין דהא אפי' מידי דלית ליה ט"ה כו' אם בא עני ושאל אם רצה אינו נותן לו דאי אמרת כו' מאי פריך לרב חסדא כו' ה"ל ממון שיש לו תובעין אלא ודאי כו' אינו מחויב ליתן אלא למי שהוא רוצה אלא שאם בא ולקחו אין מוציאין אותו ומינה במידי דאית ביה ט"ה אפי' לקחו מוציאין אותו וכן כתבו בתוס' ולמ"ד ט"ה ממון ודאי הכי הוא כו' עכ"ל: ונראה דהר"ן ז"ל מפרש דברי התוס' ז"ל דמוכחי' מהא דלעיל דמקשה לר"ח מעשיר העובר דה"ל ממון שאין לו תובעין ואי הי' צריך הב"ה ליתן הלקט לעני הבא ראשון א"כ ה"ל ממון שיש לו תובעין ואמאי פטור העשיר שלקח מלשלם הא יבוא העני שבא ראשון לתבוע מב"ה ויתבע עתה הלקט שלו מעשיר שלקח דהא ממנו לקח שאם לא הי' לוקחו העשיר הוי שלו שהוא בא ראשון אלא ודאי מדאינו משלם העשיר דה"ל אין לו תובעין מכלל דגם ב"ה אם ירצה לא יתן לו לעני הבא ראשון אפי' בלקט דלית ביה ט"ה ומש"ה פריך לר"ח מלקט אמתנות כהונה דבשם דמתנות הוי להו אין לו תובעין כן נמי בלקט דאף דלא כתיב נתינה ולית בהו ט"ה מ"מ אם בא ושאל לא צריך ליתן לו ע"כ אם אינו רוצה — ובים"ש תמה על הר"ן דהא כל דאיתא בעינא לא מהני ממון שאין לו תובעין דר"ח לא אמר אלא בנאכל ע"ש ודבריו לע"ג דודאי לדעו דברי הר"ן והתוס' דאי הוי הדין כבעין שכל שבא העני מחויב הב"ה ליתן לו הלקט מדין ממון ודאי שאפי' נאכל הי' צריך לשלם לו דהוי יש לו תובעין אלא ודאי דאפי' בעינא לית בה דין ממון לעני הבא ראשון אלא דמדין מצוה הוא דכייפי' ליה לב"ה בדאיתא בעין וכמ"ש הר"ן לעיל במתנות כהונה וע"ש בחידושי אנשי שם שתמה על הר"ן שכ' דאפי' איתנהו בעין נמי אין לו תובעין והקשה עליו ממעשר עני המתחלקת בתוך הבית דודאי אין לו תובעין ומ"מ מוציאין ממנו ע"ש דלק"מ דהא דמוציאין ואפי' מעני היינו אם הי' רוצה להחזיק המעשר לעצמו ומשום כפיית מצוה הוא שמוציאין ממנו אבל לא בשביל שתובע חזה שבא ראשון שאם אמר יאמר הב"ה אני לא ארצה ליתן לזה אלא לאחר ודאי דאין הב"ד כופין אותו ליתן דוקא לזה דאין לזה שום תביעה של ממון בשביל שבא ראשון וכמו שהוכיחו שפיר מהא דמקשה לר"ח שאם הי' להבא ראשון תביעה של ממון על ב"ה ליתן לו הלקט ודאי דכן הי' יכול לזכות בדין נגד העשיר שלקח שלא כדין א"ו דאפי' בלקט אין כאן לבא ראשון שום תביעה של דין ממון אפי' בבעינא אם לא ירצה הב"ה ליתן לו אין הב"ד מוציאין מידו כדי ליתנהו לזה שבא ראשון בשום אופן וכש"כ במתנות כהונה דיש בהם ט"ה לבעלים וזה ברור מאוד:

וראיתי בס' אמרי בינה שהביא בשם הרדב"ז דהר"מ ז"ל חולק על התוס' מדכ' הר"מ דעניים באים ונוטלין בע"כ, והקשה עליהם מכמה משניות המוכיחים כהר"מ, וכן ממשנה דמי שליקט את הפאה יתנה לעני הנמצא ראשון והביא דברי התוס' ז"ל בצ"ע ולענ"ד נראה דודאי אם נפרש דברי התוס' והר"ן ז"ל כפשוטם וכמו שהבין הרדב"ז ז"ל בדבריהם אין לך פלא גדול מזה דהא קרא מלא דיבר לעני תעזוב שצריך לעזוב אותם הפקר לעניים וכן ודאי קשה מהא דנדרים שהקשה גם הוא ז"ל דקתני ויכולה לזכות מלקט שכחה ופאה ופי' הר"ן משום דכתיב בהו עזיבה — אבל לפי דעתי לא עלה כן על דעת התוס' והר"ן מעולם שגם הם מודים שמצד המצוה צריך הב"ה לעזוב ואסור לדחות את הבא ראשון לזכות בהם, והא שכ' התוס' דאם ירצה לא יתן לו, כוונתם דמדין ממון אין לו לב"ה ליתן לו בע"כ ושאם לא יתן לו אין הבא ראשון יכול להוציא ממנו בדיינים וכן כ' הר"ן דאי אמרת דכל שאין בו ט"ה נותן על כרחו למי שתובע ראשון עכ"ל ומשמע דאנו דנין אי צריך ליתן בע"כ להבא ראשון דהיינו שאם אינו רוצה הב"ד מוציאין ממנו בע"כ ונותן לו להבא ראשון:

ובזה ודאי צדקו דבריהם מאוד שאם נאמר דבהכנסו יש בו להבא ראשון דין ממון קודם שזכה בו א"כ אמאי לא ישלם העשיר שלקח שלא כדין לאותו הבא ראשון א"ו שאין לו שום תביעה מדינא

ויכול

ויכול הב"ה לאסור דה"ל ממון שאין לו תובעין והב"ה עבר על מצות עזיבה אבל אין לו שום תביעה של ממון ע"ז ואפי' אם עדיין התבואה בעין ושב"ה אינו רוצה ליתן להבא לאסוף אין להוציא ממנו בע"כ בדיינים דלא זכה בה הבא לאסוף כלום קודם שזכה, והא דקתני מוציאין ואפי' מעני היינו אם אינו רוצה לקיים כלל המצוה וכופין אותו לקיימה אבל גם כשמוציאין ממנו אין מוציאין בשביל שהבא לאסוף זכה כבר אלא מוציאין ועושין משום הפקר אבל ודאי שמדין המצוה צריך הב"ה לקיימה ע"י עזיבה וכ"ז ברור אצלי מאוד בכוונתם וגם הר"מ אינו חולק ע"ז כמובן ול"ק לפ"ז שום קושי' מהנהו משניות דמוכח שצריך לעזוב בשדה דמי יחלוק ע"ז — וכן הא דקתני יתננה לעני הנמצא כאן לא שצריך ליתן לו מדינא דממון ושאם לא יתן לו יתבענו זה העני שכאן בדין אלא דנוהגאי שיעשה הפקר לכל הבא לאסוף אבל אם לא רצה אין הב"ד מוציאין בשביל זה הנמצא כאן דה"ל ממון שאין לו תובעין כלל: וזהו דאשמועי' התוס' והר"ן ז"ל דהי' הה"א דמשום דלא כתיב בהו נתינה אלא עזיבה דהוי הפקר לכל הבא לאסוף שאם בא הראשון ולא רצה ליתן דיש לו תביעה מצד הדין ויכול הוא לכופו בב"ד וקמ"ל דלא אף דהמצוה כן היא מ"מ אין לו שום תביעה אם עבר ולא עשה כן דאם לא כן הוי להו יש לו תובעין:

ואמנם לענין ט"ה זו אי הוי ממון למ"ד דכל ט"ה הוי ממון נ"ל דט"ה זו לא הוי ממון לכ"ע דא"ך כיון דמשום שזה עושה שלא כדין ומוחה לבא לאסוף ונותן למי שירצה שיהי' לו בזה דין ממון שלו בשביל זה הא באמת אין לו רשות לעשות כן, ועוד הא כן גם עשיר אחר יכול ליטלנו שלא כדין ויתננו א"כ למי שירצה הוא דהא ה"ל ממון שאין לו תובעין גם לגבים וא"כ הכי כיון בשביל זה דיש לו לעשיר זה בזה דין ממון אף שודאי יתנו לו פרוטה כדי שיתן לעני זה מ"מ אין פרוטה זו שלו דלא זכתה לו התורה וכן ב"ה מחויב לעזוב אותה בשדה אלא שאם אינו מניח אין לכופו בדיינים אבל אין זו הט"ה שלו ולא כן אותה הט"ה שנתנה לו התורה לזו הוי ממון לאותו מ"ד שאין לאחר חלק בה אלא הוא וזה ברור כשמש — וזה דלא כמ"ש בטעם המלך שגם בהנהו לדעת התוס' הוי ט"ה ממון לאותו מ"ד ונראה שגם הטעם המלך ז"ל הבין בדעת התוס' שהותר לו לעשות כן לכתחילה ולמחות להבא לאסוף ומש"ה כתב כן אבל לפמ"ש בדעתם נדחה סברתו:

והנה כבר הבאתי שהרדב"ז הקשה גם מנדרים דקתני ויכולה להנות מלקט שכחה על התוס' ולפמ"ש לק"מ דאף אי מיירי שם שהוא הב"ה עצמו נותן לה ממתנות הללו מ"מ מותרת בהם דהא אין לו בהם מצות הטורח כלום ואסור לאחות מכל הקודם וא"כ לאו כלום מיקרי.— ואמנם יש לדבר בזה דעכ"פ ויתור הוי דכיון שהוא עבר ובטלם ויש בידו עתה ליתן למי שירצה והוא נותן לה ולא גרע מויתור דאסור בנדרים ולפ"ז יהי' מוכח דמתני' סוברת דויתור מותר במודר הנאה. וזה נראה בדעת ר"מ דפוסק ט"ה ממון והביא ראיה מהא דרבא בנדרים מדמשני מתני' כמו שהי' שם מוכח דסובר ט"ה ממון ולכאו' קשה מנ"ל כן דילמא לעולם סובר ט"ה א"מ ומ"מ צריך לתרץ כן דהא וויתור אסור ולא גרע הא דט"ה מויתור וכן כ' הרב המעילי על הר"מ עיי' כ"מ. — אך לפמ"ש א"ש בפרט רבא לשיטתו דהוא סובר דהך דקתני ויכולה להנות בלקט קאי על הא דאינו יכול להפר ולא הוי מילתא באפי נפשיה וא"כ טעמא קאמר דמש"ה אינו יכול להפר משום שיכולה להנות בלקט. ולפ"ז א"א לפרש שיכולה להנות ע"י שתשטוף מן השדה מתנות הללו הא שמא לא תוכל לשטוף ותמות ברעב ואמאי לא יכול להפר אלא ודאי דיכולה להנות ע"י שיתן לה בעלה עצמו מלקט וקשה הא אם יתן לה הוא א"כ לו יהי' דמ"מ מותרת בהם דלאו שלו הם מ"מ הוי וויתור עכ"פ א"ו מוכח דמתני' סוברת וויתור מותר במ"ה וא"כ ע"כ הא דלא יעלו הנכסים אילו משום ט"ה ממון הוי לא משום וויתור ודו"ק. — ועיי' לקמן מ"ש לדעת הר"מ ז"ל:

יצא לנו לדינא לדעת התוס' והר"ן דבהנהו דכתיב בהו עזיבה אף שאין לו רשות לעכב ולמחות הבא לאסוף וצריך לעזוב מ"מ מצד דין ממון אין לו להבא לאסוף שום תביעה ואם ירצה הב"ה ולא יתן לו אין מוציאין ממנו ליתן לו. — אבל אם תפס הבא תפס, ועוד דמותר לו לתפוס לכל הקודם דהא אין לו לב"ה רשות למחות. וכן אין ט"ה זו ממון כלל אפי' למ"ד ט"ה ממון ולפי מה שבארתי הכל מודים לדין זה ואפי' הר"מ ז"ל:

דין ב.

הנהו דכתיב בהו נתינה.

עוד חדשו לנו רבותינו בעלי התוס' ז"ל דבהנהו דיש לו בהם ט"ה אף אם תפס הכהן מוציאין מידו ולא ביארו לנו אם זהו דוקא למ"ד ט"ה ממון או אפי' למ"ד ט"ה איננה ממון, וכפי הנראה גם הר"ן נסתפק בזה שהרי כתב דלמ"ד ט"ה ממון ודאי הכי הוי ומשמע דלמ"ד א"מ נסתפק. — ונמצא אנן דלכאו' מצד הסברא היא דוקא למ"ד ממון דכיון דיש לו מתנה בגווים שפיר מוציאין מכהן התופס, ואף דאין לו בגוויה אלא כפי הט"ה וא"כ אמאי מוציאין הכל לק"מ דכיון שיש לו מתנה בגוויה תו לא קני לה הכהן כלל דעיי' ממון קל שיש לו בגווים נעשית הכל כשלו, ואף דבגונב טבלי של חבירו אינו חייב לכיב"י אלא דמי חולין ומוקמינן ליה דסובר ט"ה ממון ומ"מ לא משלם הכל היינו משום דהם מיירי שאכלו וכיון דליתא בעינה אין לחייבו אלא ההפסד שהפסידו וכשמעין שהפסד שיש לו אין לו אלא דמי חולין וכפי ט"ה של תרומה שבה וכמו שפי' הר"ן בנדרים, וגם שם פי' הריטב"א בקדושין שצריך לשלם הכל דחשיב כאילו היא כולה שלו משום שאי ט"ה שיש לו בגווה, ומכש"כ כשעדיין בעין כ"ע מודי דמוציאין אפי' מכהן שתפס למ"ד ממון דהא לא קני ליה כלל. — אבל למ"ד ט"ה א"מ אין הסברא נותנת לכאו' דמוציאין מכהן, וכן הר"מ ז"ל שפסק ט"ה א"מ פסק דאם תפס כהן אין מוציאין, וא"כ מה זה שנסתפק הר"ן בדעת התוס' — אך נראה דלפי מה שפירש הר"ן בכוונת התוס' דהסברא שלהם היא דלאו אמרת דאף בהנהו דכתיב נתינה אם תפס הכהן אין מוציאין א"כ מה חילוק יש בין הנהו דכתיב עזיבה לבין הנהו דכתיבה הא גם הנהו דאין לו ט"ה אם ירצה לא יתן לו וכמו שהוכיחו וא"כ ע"כ אתה צריך לחלק לענין דיעבד שאם תפס דבהנהו מוציאין ובהנהו לא מוציאין מעני — ולפ"ז ודאי דע"כ גם למ"ד ט"ה א"מ נמי אין מוציאין מכהן דאל"ה תקשה למ"ד זה מה איכא בינייהו, אלא דלפ"ז ודאי אין בזה שום ספק דכן מוציאין למ"ד א"מ כמו למ"ד ממון דאל"ה ליכא הוכחה כמובן:

ואמנם לכאו' פי' הר"ן קשה מאוד דמה הוכחה יש כאן הא לפי מה שפירשנו לעיל ע"כ הא שכ' התוס' דבהנהו דכתיב עזיבה אם בא העני ושאל אם ירצה לא יתן לו לא קאי על המצוה דודאי מצד מצות התורה צריך לעזוב אותה הפקר כדמוכח מכל המשניות ומכל הש"ס ולא אמרו כן אלא לענין תביעה של דין ממון וכמ"ש לעיל — וא"כ אין זו ראיה דלעולם בהנהו דיש בו ט"ה נמי אין מוציאין מכהן ואי מה חילוק, הא חילוק גדול יש כאן דבהנהו דיש בו ט"ה יש לו לכתחילה מצד המצוה לעשות כן וליתן למי שירצה הוא אבל באידך אדרבה הוא עושה איסור ומבטל עיקר המצוה אם לא ירצה ליתן להבא לאסוף וא"כ מנ"ל דלמ"ד ט"ה א"מ דהסברא דאין מוציאין חה לענ"ד, והי' מוכח פי' הרדב"ז שפי' דבריהם דמותר לכתחילה ליתן למי שירצה וזה אין לפרש כן אם לא שיהיו דברי הראשונים שללו התוס' והר"ן נפלאים פלא ופלא ואין לתרצם כלל כאשר הי' הרדב"ז:

ואשר ע"כ נ"ל דאין לזוז ממה שכתבנו לעיל בדבריהם ז"ל דהם מודים שאסור לו לב"ה לעשות כן אלא שאין לו תביעה של דין ממון, והא דהביאו ראיה לדין זה שמוציאין מכהן לכ"ע זהו כוונתם דהי' קשה להם קושי' גדולה וכמו שאבאר והיא דהתורה כתבה במתנות עניים עזיבה ובמתנות כהונה נתינה וכן במעשר עני שמחלקת מתוך הבית כתוב נתינה והי' קשה להם לתוס' מאחר שהוכיחו מהא דלעיל בעשיר שלקט דאף בהנהו דכתיב עזיבה מ"מ אין לו להבא לאסוף תביעה של ממון ואם אין הב"ה רוצה ליתן לו אין הב"ד כופין אותו בע"כ ליתן לזה הבא לאסוף דה"ל ממון שאין לו תובעין וא"כ קשה נ"ל דכתיב קרא במתנות כהונה ובמעשר עני מתוך הבית נתינה ואי לאורויי שאינו עובר על המצוה אם לא ירצה ליתן לזה אלא לאחר לא ליכתוב לא נתינה ולא עזיבה אלא יכתוב לכהנים יהי' או במעשר עני מתוך הבית לעניים יהי' והכא ידענא דמותר לו ליתן לעני או לכהן שירצה הוא דהא לא כתיב ביה עזיבה כמו בהנהו דכתיב עזיבה ואין כאן מצוה שיעזוב אותה הפקר ומצד דין ממון ודאי שאין יכול לתבוע הבא לאסוף דהא ה"ל ממון שאין לו תובעין וכיון דהמתנות האילו הם מתוך ביתו או גרנו והאי דהותר לו ליתן למי שירצה דמהיכי תיתי לא — ואין להקשות הא גם בהנהו דעניים יש משום אסור כתיב יהי' כי תחבוט זיתך לא תפאר וכן בשכחה ומ"מ הוי דינם כשאר דכתיב בהו עזיבה לק"מ ואדרבה משם ראיה לדידן דשם פרש"י ע"ב ד"ה כולהו והכך נמי דכתיב בהו יהי' היינו בעזיבה דמשמע בהווייתו יהא דלא כתיב בהו נתינה עכ"ל ור"ל דקרא דיהי' נמי משמע עזיבה דמשמע בהווייתו דהיינו כמו שהם מונחים שם על הארץ או על האילן כן צריך הב"ה להניחם ולא יקחם לביתו שיתן הוא וא"כ היינו בהם שהמצוה להניחם אבל בהנהו שכבר אספם לביתו או לגרנו שאינם במקום הפקר אי הי' כתיב לכהנים יהי' לא הי' שום ס"ה שצריך הוא להניח הכהנים או העניים לתפוס מתוך ביתו ושיהי' מחויב לעשות ביתו מקום הפקר, והא ראיה דבשביעית אמרינן דחמרא אפקריה לקרקע של ב"ה כדי שיהי' רשות לעניים ליכנס שם וכן ודאי בהנהו דכתיב עזיבה או יהי' דהוי כעזיבה דבהווייתו יהא ואסור ליקח ממקומו אבל בהנהו קשה נ"ל דכתיב ונתת לא לכתוב אלא יהי', בשלמא אי הוי הדין בהנהו דכתיב עזיבה שאם שאל העני הבא לאסוף צריך ליתן לו בע"כ ומוציאין מב"ה ונותנין לו דה"ל ממון שיש לו תובעין לא הוי קשה נ"ל ונתת שצריך קרא לאורויי דבמתנות כהונה אינו כן אלא הוי להו ממון שאין לו תובעין ונותן למי שירצה ואם לא ירצה לא יתן אבל אם תפס הכהן לא מוציאין, אבל השתא שגם בהנהו דלא כתיב נתינה ה"ל ממון שאין לו תובעין א"כ נ"ל לכתוב לא נתינה ולא

עזיבה אלא יהי' וידענו הכל, הלא ודאי להכי כתיב נתינה להורות דכ"כ כח יש לו בנתינה זו עד דאפי' תפס הכהן מוציאין וזה לא הוי ידעינן מיהי' ולכך כתיב נתינה וא"כ לפ"ז שפיר מוכח שאם תפס מוציאין — ואי תקשה א"כ מה זה שנסתפק הר"ן הא ודאי צ"ל כן אף למ"ד ט"ה א"מ מוציאין דאל"כ תיקשה לדידיה ל"ל קרא דנתינה. — אך נראה שגם זה מיושב היטב, דלכאו' יש להקשות על מה שכתבנו דצ"ל קרא דוכחת הא צריך קרא אף דבלאו קרא זה אלא אי כתיב יהי' נמי הוי ידעינן שיכול ליתן למי שירצה דהא ה"ל ממון שאין לו תובעין מ"מ ה"א שמותר לכהן לחטוף לו המתנות וכן העני במעשר מסוף הבית ומש"ה צריך קרא דוכחת לאסור לכהן ליטול בעצמו וכדאמרי' ונתן ולא שיטול הכהן עצמו וזה ודאי לא הוי ידעינן אי כתיב יהי' דלא ידעינן אלא שאין הב"ה מחויב לעזוב הפקר אבל שיהי' איסור לחטוף לא ידעינן דהא שלו הוא חוטף וכיון דצריך קרא לזה שאסור לחטוף מב"ה אינו מוכח שאם חטף מוציאין ממנו — אלא שזו הדרשה לא צריך אלא למ"ד ט"ה א"מ אבל למ"ד ט"ה ממון א"כ כיון שיש לו לב"ה רשות מה"ת לתת למי שירצה הוא ואינו מחויב לעזוב ממילא שאותה ט"ה הא שוה לו ממון ואותו ממון שלו הוא דהא יש לו רשות לעשות כן וא"כ אפי' אי לא הי' כתיב אלא לכהנים יהי' ולא נתינה כבר ידענו הכל דידענו דיש לו רשות מדלא כתיב עזיבה וידענו ג"כ שאסור לחטוף דהא מדיש לו רשות א"כ ממון שלו הוא חוטף דט"ה ממון הוא ולמאי כתיב נתינה א"ו להורות שאם תפס מוציאין. — אבל למ"ד ט"ה א"מ לא מוכח דאפשר להכי כתיב נתינה שאסור לחטוף דאף דיש לו רשות לב"ה מ"מ עדיין מכ"ל דאין רשות לכהן ג"כ לחטוף הא אין בו לב"ה ממון בגוויה דט"ה א"מ וזהו שנסתפק הר"ן ואומר דלמ"ד ט"ה ממון ודאי הכי הוי דמוציאין — ומוכח נמי דמוציאין הכל כשהוא בעין ולא סגי כדי ט"ה דאי לכדי ט"ה שבה לא הי' צריך קרא דנתינה דזאת הוי ידעינן ג"כ אי לא כתיב אלא יהי' דכיון שיש לו רשות שלא להפקיר א"כ יש לו ט"ה והוי ממון ומי מוסר לו לתפוס ממונו של זה וידעינן שאם חטף שצריך להחזיר לו ממונו שיש לו בה וע"כ אתי קרא דנתינה שמוציאין ממנו לגמרי דהתנה לו התורה כ"כ כח על שהכל שלו לנתינה זו — אבל למ"ד ט"ה א"מ אפשר דאתי קרא שאסור לחטוף אבל אם חטף אין מוציאין וזהו ספיקו וא"ש הכל ושוויכהו לשמעתין דהתוס' והר"ן ז"ל כגדי מסוקן בס"ד.

והנה התוס' בב"מ דף ו' ע"ב כתבו דלמ"ד תקפו כהן אין מוציאין קשה הא הב"ה יכול לומר לכהן אחר אתננה ותי' דמיירי במכירי כהונה א"כ אינו יכול לתבוע רק ט"ה למ"ד ט"ה ממון עכ"ל והנה הא מיירי בשהיא בעין ולפ"ה כ' התוס' דאין מוציאין אלא הט"ה אי ממון ולמ"ד א"מ אין מוציאין כלום וא"כ סברי דבריהם דהכא וצ"ל דתוס' דכאן סברי כתי' ראשון דשם מיירי במכירי כהונה אבל מאחר מוציאין הכל. עוד כתבו שם התוס' וז"ל ומפ' הזרוע דאמר בן לוי דחטיף מתנתא פרילותא משמע דאינו חייב לשלם אין ראיה דשמא מיירי שאכלו וכדאמרי' הכא המזיק כו' עכ"ל וכלאו האחרונים ז"ל לפרש דבריהם עיין פר"ח ופליתי ובספר יריעות שלמה למו"ר הגאון מו"ה זלמן אוללמאן ז"ל הקשה דהא דאמר כ"ה המזיק פטור היינו הב"ה אבל אחר הא צריך לשלם לב"ה או כולו לדעת הריטב"א או הט"ה להר"ן כדרכי' ולענ"ד דברי התוס' ברור מללו והם כוונתם דלתי' ראשון דמיירי במכירי כהונה א"כ באינו מכירו מוציאין הכל בעין אפי' ט"ה אינו ממון וכתוס' דחולין הנ"ל ולתי' השני אין מוציאין אלא הט"ה למ"ד ממון והנה אם אחר הזיק ולא הב"ה חייב לשלם לב"ה וכהפר"ח ואמנם דוקא אי ט"ה ממון אבל אם אינו ממון אינו משלם כלום דלב"ה אינו חייב דהא לאו מידי חסריה ולכהן ה"ל ממון שאין לו תובעין — ואמנם כ"ז שייך לתי' השני אבל לתי' ראשון ולתוס' דחולין דמוציאין מכהן אפי' איכא ממון א"כ כן נמי מאחר מוציאין בעין דמ"ש אחר מכהן והשתא שפיר כתבו התוס' דלכאו' יש להביא ראיה לתי' השני מהא דרב דלתי' זה יש להכן דהא דלא חייבו רב היינו משום דסובר ט"ה א"מ ואין מוציאין דלב"ה לא חסרו ולכהן ה"ל ממון שאין לו תובעין אבל לתי' ראשון יהי' אפי' מכהן מוציאין ואפי' א"מ וא"כ בהכי מאחר — וע"ז כתבו דלאו ראיה דלעולם כתי' ראשון ומוציאין והא דלא חייבו רב משום שאכלו ורב סובר ט"ה א"מ ובליתא בעינא אין מוציאין וגם הט"ה לא ישלם דהא ליכא ממון והוי כגוזל שבלו ואכלו וכדאמר המזיק מתנות כהונה פטור דאחר נמי פטור למ"ד ט"ה א"מ וא"כ לאו ראיה לתי' השני דלעולם כתי' ראשון דמוציאין בעין ואפי' א"מ וזהו ברור ואמת בכוונתם והאחרונים לא דקו כן משום דלא הזכירו התוס' בחולין — יצא לנו דשלש מחלוקת בדבר להתוס' והר"ן דחולין ותי' ראשון של תוס' ב"מ מוציאין בשהוא בעין למ"ד ט"ה ממון הכל ולמ"ד א"מ נסתפקו, ולתי' השני של התוס' ב"מ אפי' למ"ד ממון אין מוציאין אלא הט"ה ואפי' בעין, והריטב"א סובר דאפי' אכלה משלם הכל דהוי שלו למ"ד ט"ה ממון. — והנה שיטת הריטב"א צריכה הסבר דהא אם אכלה א"כ שאין המפסד ולא הפסיד לב"ה אלא כפי ט"ה — ונראה בסברתו ז"ל דהא הי' מהראוי שישלם הכל גם דמי של הכהן לכהנים אלא הא דאינו משלם חלק הכהנים הוי משום דה"ל ממון שאין לו תובעין. — ואמנם הא תינח למ"ד ט"ה א"מ ואין לו משמע אלא עם הכהנים דעם הב"ה אין לו כלום דהא אם כהן תפס מב"ה ג"כ אין מוציאין אבל למ"ד ט"ה ממון וא"כ אם תפס הכהן מוציא הב"ה ממנו וא"כ השתא ג"כ הב"ה הוא התובע ואם הוא תובעו ה"ל גם ממון של הכהנים יש לו תובעין דהא הב"ה תובע בשביל כהן שלו דהכי הוא העומד במקום כהן שלו דאין שאר הכהנים תובעין אלא זה שהוא כהן של ב"ה זה וכיון שיש לו תובעין צריך לשלם הכל והב"ה יתן הדמים לכהן שלו וזה ברור:

דין ג.

אי ט"ה ממון או לא.

הנה הר"מ ז"ל פוסק ט"ה אינה ממון ומש"ה אם תפס כהן אין מוציאין ממנו ומ"מ פסק בהא דאם אמר כהנים אילו יעלו אחרים והוא סותר א"ע דהא אם ט"ה א"מ א"כ אפי' אילו יעלו כדמשמע בגמ' וכ' הכ"מ בשם הרב שעיילי' הטעם משום וויתור, וכבר הבאנו לעיל דעת הר"ן דמשום הך דרבא פוסק ט"ה ממון ולא רצה לדחות משום וויתור דהא מוכח מרישא דויכולה להנות דמתני' סובר וויתור מותר בט"ה דהא ע"כ שגם אם הבעל עצמו נותן לה היא מותרת וא"כ לא גרע מוויתור ולמאי מותרת להנות מהלקט שנותן לה בעלה שמדיר אלא וודאי וויתור מותר, ולכאו' זו הוכחה גדולה וא"כ מוכח מרבא ט"ה ממון — וע"כ יותר נראה דאף אי וויתור מותר מ"מ אסורים הכהנים אילו ואפי' ט"ה א"מ דהא כיון דעכ"פ אסור הכהן לחטוף מש"ה לדעת הר"מ ז"ל וכן מוכח לפמ"ש לעיל מקרא דנתינה דהא הר"מ סובר דאין מוציאין אם תפס וא"כ ל"ל קרא דנתינה א"ו ולא שיטול מעצמו וא"כ אף דאינה ממון מ"מ הוי לב"ה עכ"פ כפחות מש"פ וכן כ' הש"ס, ומש"ה לענין נדרים הא אפי' פמש"פ אסור להנות מה"ת — ויש ליישב בזה מ"ש הר"מ עוד וכן הדין לענין מתנות עניים והקשה בחוו"ע הא במתנות עניים ליתא להאי דינא כלל דהא ליכא ט"ה לבעלים כדקתני ויכולה להנות — ונראה דהר"מ אם נותן שמדיר עצמו כגון שעבר ולקחה לביתו ומחלק ויכול הוא ליתן למי שירצה וכדעת התוס' והר"ן דלעיל וא"כ התנא דמתני' סובר וויתור מותר במודר הנאה ומש"ה לא נקט הדין של כהנים אילו אלא במתנות כהונה דבמתנות עניים אפי' אם המדיר נותן לו מותר דכיון שהעני מותר לחטוף לו אף דהב"ה אם ירצה לא יתן לו מ"מ אין לו לב"ה שום ממון אפי' פחות מפרוטה בגווה דהא לא נתנה לו התורה רשות בה כלל ולא הוי שלו כלום ואי משום וויתור הא מותר אבל הר"מ דסובר וויתור אסור א"כ גם במתנות עניים אין העני המודר מותר אלא לחטוף אבל ליתן לו מביתו אסור אף בלקט וא"כ מש"ה קאמר וכן הדין במתנות עניים והיינו שאם הוא הנותן במתנות עניים אסורים אילו עניים שהודרו — ועיין ש"ך חו"מ סי' ש"ן מ"ש שם. — וראיתי בספר ש"ב שהביא הר"מ בהל' גניבה שאם גנב תרומה אינו משלם כפל משום ט"ה א"מ ומשמע הא קרן משלם והקשה הא אי ט"ה א"מ א"כ קרן נמי אינו משלם והעלה שם לחלק דהא דאין מוציאין מכהן אי ט"ה א"מ דוקא מכהן משום דשייך בה וקיים הב"ה בה מצות נתינה אבל מאחר שאינו כהן מוציאין ע"ש ולענ"ד לא נראה כן דאם ט"ה א"מ ולא מוציאין מכהן מאחר ג"כ אין מוציאין דהא הכי הפר"ח שאם אחר היזיק מתנות כהונה חייב לשלם לא שייך אלא למ"ד ט"ה ממון אבל אי ט"ה א"מ הא לא היזיק לב"ה כלום ולכהנים ה"ל ממון שאין לו תובעין ואין הב"ה יכול לטעון שרוצה לקיים בה מצות נתינה כדמוכח מהא דגונב טבלו של חבירו דאינו משלם אלא דמי חולין שבו לריבי' אי ט"ה א"מ ולמאי לא משלם הכל לב"ה לקיים בה מצות נתינה א"ו דלאו סברא היא דבשביל זה אין לחייבו ממון התרומה, ואח"כ מצאתי במח"א הל' שומרים סי' ט"ז שכ' במעות צדקה כן דאפי' ט"ה א"מ יכול הב"ה לתבוע שרוצה לקיים המצוה והביא ראיה מהכהנים שפגלו מזיד חייבים והקשי' דאפי' לא הי' אלא כדבה משום שזה רוצה להביא קרבנו ע"ש — וצ"ל דמהגונב טבלו אין ראיה משום דלא חל עליו עדיין שום מצוה קודם דלא הוי תרומה — וקושי' הש"ב בלא"ה לק"מ דהא מסקינן דלרבי מש"ה משלם הכל משום דקנסיה לגנב וכן כ' הר"מ בגונב טבלו דמשלם הכל והיינו ע"כ משום קנס וא"כ גם גונב תרומה צריך לשלם משום קנסא, ועוד דלהש"ב א"כ מכהן נמי היכא דב"ה עומד וצווח שאינו רוצה ליתנו לכהן זה אמאי אין מוציאין הא אם אינו רוצה לא קיים מצות נתינה כלל דמה נתינה הוי כשאינו רוצה, אלא ודאי ה"ט משום דקנסו אותו — אלא דהר"ן מפרש דלא קנסו אלא לט"ה לחודה, אך כפי' פי' שצריך לשלם הכל. — ולפ"ז אם הזיק את התרומה בשוגג אינו משלם לדעת הר"מ ז"ל — ויש להסתפק אם הזיק במזיד אי קנסינן ליה כמו בגנב או לא ומסתברא דלא קנסינן אלא בגנב כי היכא שלא יגנוב להנאתו אבל הזיק שלא להנאתו לא שכיח, וממטמא ומדמע אין למילף כמבואר שם בסוגי' ודו"ק:

והנה הר"מ ז"ל פוסק ט"ה א"מ והקשו עליו כמה קושי' דהא פוסק שיכול להקנות התרומה ומעשר בקנין אגב קרקע ומבואר בגמ' ב"מ י"א דאי ט"ה א"מ לא נקנית אגב"ק כאשר כבר נתבאר אצלינו בכלל

ה' דין ד' ובכלל ו' וכן בדין חצר השכורה ע"ש — עוד הקשו מהא דנדרים דהא רבא סובר ט"ה ממון והר"מ הא סובר א"מ ומ"מ פסק כהנים אילו לא יטלו עוד הקשו עליו מהא דפסק פ"ז מה"ל מעשר שיכול לזכות להם ע"י אחר וקשה הא ט"ה א"מ וליכא דעת אחרת מקנה עיין כ"ז באחרונים ז"ל — ולענ"ד ליישב שיטת הר"מ ז"ל, דהנה איתא בירושלמי פלוגתא דריב"ח ור"י ריב"ח סובר מותר ליתן מעשרותיו בט"ה וט"ה ממון ויליף מקרא דאיש את קדשיו לו יהיו ור"י סובר אסור ליתן בט"ה וט"ה א"מ ופריך שם ר"י מה עביד בקרא דלו יהיו ומשני דאתא קרא שיכול ליתן למי שירצה. — והנה הר"מ ז"ל הביא קרא דירושלמי ואיש את קדשיו לו יהיו להוכיח דיש להם לבעלים ט"ה והיא שלא דבש"ס דידן לא נמצא קרא זה ומה כלה הר"מ ז"ל בזה. — ונראה דבאמת יתורצו כל הקו' ותחילה נבאר מה דקשה על הא דר"י דקרא אתא לט"ה שיכול לתנו למי שירצה וקשה דאיך קרינן בשביל זה לו יהיו הא אי ט"ה זו לא הוי ממון א"כ אין לו שום ממון בגווייהו ואיך יקרא שלו וע"כ צ"ל דהכתוב להכי קראה שלו להורות דלענין נתינה זו הוי התרומה שלו לגמרי וכולה שלו מקרי וכ"ל הקב"ה נתן לבעה"ב את התרומה לגמרי במתנה ע"מ שיתנה למי שירצה הוא — ונמצא דבהא פליגי ריב"ח ור"י ריב"ח סובר דע"כ יש לו בה דין ממון פרוטה של ט"ה ומש"ה קרינן בה לו יהיו משום זכות פרוטה זו שיש לו בה ויכול הוא למכור אותה פרוטה דאי אינו יכול למכור אותה פרוטה לא נקרא שלו ור"י סובר דאין לו בה כלום למכור אלא דהיא שלו לגמרי לענין נתינה זו אבל זכות ממון אין לו בה. — והנה לפ"ז אסור הכהן לחטוף לר"י מה"ת אבל אם חטף אין לו לב"ה כלום דין ממון שאין לו ממון של עצמו בגווה כלום — והשתא נחזי לענין הקנאה ודאי יותר יש לו בה דין הקנאה לר"י מלריב"ח דלר"י הרי לענין נתינה זו הוי שלו כל התרומה ויכול הוא להקנותה ויש דעת מקנה ויותר מלריב"ח דלריב"ח אין לו בה אלא ממון קל של פרוטה ט"ה וכבר הבאתי לעיל מ"ש בש"מ ב"מ י"א דאותה ממון קל שיש לו בה אינה נקנית לא בק"ס ולא באגב אפי' אי ט"ה ממון ועיין כ"ז לעיל במקומו אבל לר"י דלענין ההקנאה והנתינה זו הוי כולה שלו ודאי יכול להקנותה דהרי הוא המקנה לגמרי וא"כ שפיר פסק הר"מ אף דט"ה א"מ מ"מ יכול להקנותה בקנין אגב וכר"י כדמוכח מקרא דלו יהיו שהביא הר"מ ז"ל ואף דגמ' דידן הביא קרא דוכתה מ"מ לענין דינא לא פליגי שמחלוקת הש"ס שלנו על הירושלמי וכמו שאבאר סוגי' דב"מ. דהנה איתא שם אתיבי' רבה לעולא כו' ומשני ר"ג אגב קרקע הקנה להם ואמר רבא שפיר עביד ר"א דלא קיבלה וכי לא הוי להם סודר כו' ולא היא מתנות כהונה נתינה כתיבה בהו כו' ופרש"י ז"ל ולא היא מכאן אין ראיה וכתב הש"מ דמכאן אין ראיה אבל באמת ט"ה אינה נקנית בחליפין וכ' שם דאולי הי' לו לרש"י איזה בקיאות דט"ה לא נקנית בק"ס וכתבנו לעיל בדין אגב וק"ס דממקומו מוכרח מכח קושי' התוס' בעירובין שהקשו מאי לא הקנה ר"ג את הקרקע בשאלה ועי' ק"ס ותי' דכל דבר החוזר לבעלים הוי ט"ה ואינה נקנית בק"ס, ומש"ה כ' רש"י דמכאן ר"ל מהא דלא הקנה את התבואה בק"ס אין ראיה אבל ראיה מהא דלא הקנה את הקרקע וכמ"ש התוס', והקשיתי שם קושי' עצומה לפ"ז דכיון דבאמת מוכח מכח קושי' התוס' דט"ה אינה נקנית בק"ס וא"כ סוף סוף תיקשה איך הקנה ר"ג התבואה אג"ק הא סוברת הסוגי' דק"ס ואג"ק שווים לענין זה ועיין לעיל מ"ש. — אמנם עתה לדעת הר"מ ז"ל יבואר הכל על נכון ויבוארו עוד כמה דקדוקים — דהנה רש"י ז"ל פי' הא דאמר חליפין דרך מו"מ היא דנראה כמוכרו לו: וכוונתו בזה דאף דסובר הא הדרה למריה וא"כ באמת בחנם נתנה לו ולא קיבל שום פרוטה עבור התרומה אלא דעכ"פ נראה כמכירה כשנותן עי' ק"ס, ואסור מדרבנן. ולפ"ז נראה לבאר במה פליגי רבא והש"ס דאמר ולא היא ואומר אני דרבא ג"כ ידע סברא זו דמתנות כהונה נתינה כתיבה בהו ומ"מ שפיר אמר. דהנה אי ט"ה ממון הסברא נותנת שמותר ליקח פרוטה זו של ט"ה מכהן כמו שישראל דהא הוא אינו לוקח פרוטה זו עבור התרומה אלא עבור ט"ה שיש לו בה והתרומה הוא נותן לו לכהן בחנם ועל פרוטה זו שלוקח לא נאמר נתינה ואדרבה לו יהיו כתיב בה ומותר לתתה לכהן ושיקח ממנו הפרוטה של ט"ה מה"ת וזה פשוט אלא דרבנן אסרו ליקח מכהן דהוי כמסייע בבית הגרנות וכיון דעכ"פ מה"ת מותר ליקח פרוטה ממילא בק"ס דאינו לוקח כלום אלא נראה כלוקח דבר זה מותר אפי' מדרבנן דליכא גזירה שיאמרו שהוא לוקח דבר זה בשביל ט"ה שבו כן הדין מסברא אי ט"ה ממון אלא דאז א"א להקנותה בק"ס כלל דהא אין לו בה אלא ט"ה ומ"מ הוי ממון קל ואין להקנותה באגב וכמ"ש — אבל אי ט"ה אינה ממון אז הוי הדין להיפוך שהיא אסור ליקח מכהן אפי' כל שהוא דהא אין לו בה שום ממון וכשלוקח הוא לוקח עבור התרומה גופה וזהו אסור דצריך ליתנה בחנם, אלא דאז יכול הוא מה"ת להקנותה באגב קרקע דהא אי ט"ה א"מ א"כ כל התרומה שלו להקנאה זו דלהכי כתיב לו יהיו וכמ"ש לעיל לר"י אלא דבק"ס אסור אז מדרבנן דנראה שלוקח דבר זה עבור התרומה:

וכיון שזכינו לכך נאמר דרבא והש"ס בהא פליגי רבא אמר סברתו אליבא דר' אבא והש"ס אמר ולא היא אליבא דעולא דהנה ר' אבא ועולא פליגי בקדושי' ר"א סובר ט"ה ממון ועולא סובר שם אינה ממון והשתא אמר רבא שפיר עביד ר' אבא דהיינו ר"א דייקא לשיטתו הוא עביד שפיר דלא קיבלה דכי לא הוי להם סודר וה"ל להקנות התבואה בק"ס ואי תקשה הא נתינה כתיבה לק"מ דאי ט"ה ממון ליכא שום איסור אפי' דרבנן בק"ס דמה שנראה כלוקח דבר זה הא אפי' פרוטה מותר מה"ת עבור הט"ה וע"כ מש"ה לא הקנה לו בק"ס משום דהוי ממון קל ולא נקנה בק"ס א"כ גם באג"ק לא נקנה וע"ז קא מדחה ולא היא ור"ל אף דלר"א שפיר עביד מ"מ לעולא דקא מקשי לי' ר"א מהא דר"ג ועולא הא סובר ט"ה אינה ממון וכן קיי"ל לא כן היא כמ"ש רבא דכיון דט"ה לאו ממון אסור בק"ס משום דנתינה כתיבה בה ואסור מה"ת אפי' בפרוטה אחת וק"ס נראה כלוקח דבר זה ואסור עכ"פ מדרבנן אבל באגב מותר ויכול להקנותה שפיר דכיון דט"ה א"מ א"כ ע"כ קרא דלו יהיו אתא דשלו היא לגמרי להקנאה זו ואיכא דעת אחרת מקנה עושה. — ואמנם דוקא להקנות התרומה דהוי שלו לגמרי להקנאה זו, אבל להקנות לו קרקע בשאלה א"א בק"ס דהוי רק ט"ה וממון קל וא"א בק"ס ולא באג"ק:

ועפ"ז נתיישב קו' שהמרדכי הקשה על הא דר"ם דמשני דעת אחרת מקנה שאני והקשה הא ט"ה לא הוי ממון וליכא דעת אחרת מקנה ולפמ"ש אדרבה היא הנותנת דמשום דט"ה א"מ יכול להקנותה וליכא דעת מקנה דהא הוי שלו לגמרי להקנאה זו דקרא כתיב קדשיו לו יהיו. — עוד נתיישב בזה קו' האחרונים ובראשם הש"ך שהקשו על הא דמסקי' בקדושי' וב"מ דר"ג אג"ק הקנה וא"כ ע"כ סובר ר"ג ור"י ט"ה ממון ור' יהושע הא סובר בפסחים בסוגי' דהואיל ט"ה אינה ממון ופוטר ר"י א"מ ולדעת הר"מ ולפמ"ש א"ש דאדרבה משום שסובר ט"ה אינה ממון מש"ה יכול להקנותה באג"ק ומוכח פי' הר"מ ז"ל מסוגי' הש"ס שלנו ג"כ כפתור ופרח בעזה"י ודו"ק בזה מאוד. — ועיין עוד לקמן דין ד'. והר"ח וסייעתו סוברים ט"ה ממון ולשיטתם מהא דרבא בנדרים דע"כ ס"ל ט"ה ממון וכבר הובא לעיל ע"ש:

דין ד.

אי יכול להפקיר ולהקדיש טובת הנאה.

ולענין אי יכול להפקיר או להקדיש ט"ה נ"ל דתליא בפלוגתא זו דלמ"ד ט"ה ממון יכול הוא להפקירה ולהקדישה אבל למ"ד ט"ה אינה ממון א"א להפקיר ולהקדיש — דלפי דעתי הא דפליגי אי ט"ה ממון או לא לכאורה יש לראות במאי פליגי הא כ"ע מודי דט"ה זו שווה ממון דהא נותנין ממון עבורה ליתן התרומה לבן בתו מי יכול להכחיש שאינה שום ממון וא"כ במאי פליגי — בשלמא להירושלמי שהבאתי לעיל דפליגי ר"י וריב"ח אי מותר למכור ט"ה בממון יתכן דפלוגתייהו בהכי דר"י סובר אסור ליתן ט"ה בממון דהיינו שהתורה לא נתנה הט"ה לב"ה אלא לענין שיתנה הוא למי שירצה לאיזה כהן שירצה אבל לא למכרה שימכור הט"ה לא נתנה לו התורה וכיון אף דשווה ממון מ"מ אסור הוא לתתה בממון וא"כ ממילא שאינה ממון דהא אין לו בה ממון שמותר לו כלל וריב"ח סובר דיש לו בה ממונא ומותר למכרה — אבל ממה שנראה מגמ' שלנו כ"ע מודי בהא דרשאי ליקח פרוטה בשביל ט"ה שלו וא"כ הא שווים ממון ובמאי פליגי — וע"כ נראה דבהא פליגי מ"ד ט"ה ממון הוא סובר דיש לו לב"ה כח ממון בתרומה עצמה וכמו שיש לו חלק בגופה של תרומה דמי ומש"ה יכול לקדש אשה בתרומה שמקדשה באותה ט"ה דהיא בגופה של תרומה איתא ומ"ד אינה ממון הוא סובר דאף שווה לו ממון הרבה מ"מ אותו ממון אינו בגוף התרומה אלא ממון דאתי לו מעלמא וכיון שכן ה"ל אותה ממון דבר שלא בא לעולם ואינו עדיין ומש"ה לא מלי לקדש אשה בתרומה דהוי כמקדש בדבר שלא בא לעולם וכן לא מלי להקנותה אותה ט"ה דהיא דבר שאינה כאן אלא שיבוא לו ממון מעלמא ובמאי מקנה לה — ולא דמי להא דמבעי' לן בגיטין בעבד שמכרו רבו לקנסא אי משני ושם נמי הא הקנה מעלמא אתי ובמ"ש התוס' ולאחרונים שם וא"כ הא נמי ספיקא הוי לא דמי כלל דשם העבד הוא שלו רבו אלא שאינו שווה אלא לקנסא אבל מ"מ כשמכר העבד לקנסא דומה קצת לדקל לפירות ומש"ה אבעי' לן שם, אבל בהא דהוא אינו יכול למכור את התרומה לט"ה שבה דהא התרומה אינו שלו כלל וכיון שאין לו שום ממון בתרומה עצמה לא משני הקנאתו שמקנה הט"ה, אבל מ"ד ממון הייני שיש לו ממון בתרומה עצמה ובשמוכר התרומה לט"ה שבה משני, וזה נראה בסברת הש"מ ב"מ י"א דהא דאמר שם ט"ה אינה ממון לקנותה בחליפין וכן באגב קרקע וכ' הש"מ דאף שהיא ממון מ"מ לא נקנה בחליפין ובאג"ק משום שהוא ממון קל, ולכאורה מה כלה בזה ולמה לא פי' דהסוגיא הולכת למ"ד ט"ה אינה ממון דכן נראה יותר דלעולא אותיב ליה ר"א ועולא סובר ט"ה א"מ בקידושין אלא דהי' קשה לי' לש"מ דהגמ' אומרת ט"ה א"מ לקנותו בחליפין ומשמע דוקא בחליפין הוא דלא

נקנית הא בכסף ומשיכה נקנית וקשה הא אי ע"ה א"מ א"כ אין כאן בגופה של תרומה כלום והוי דשלב"ל דאין נקנית בשום קנין כלל א"ו ע"כ צ"ל דכונה שאמר שם כן הוא אומר דאפי' ע"ה ממון ונקנה בקנין אחר מ"מ בחלופין ואג"ק לא נקנה — ולפ"ז יצא לנו דלמ"ד ע"ה ממון שיקנה בקנין גם להפקיר או להקדישה מהני אבל למ"ד ע"ה א"מ והוי דשלב"ל לא מהני לא להפקיר ולא להקדיש דהוי דבר שלא בא עדיין לרשותו ולא בא לעולם ולא מהני כלום כנ"ל ועיין במ"ש לעיל כלל ה' דין ד' וכלל ו' בדיני ק"ש ואגב :

שוב מצאתי להגאון בעל שמחת יו"ט ז"ל דף קכ"ט ע"ב שהקשה קו' אחת דהא קידש אשה בע"ה אמאי מהני למ"ד ע"ה ממון הא אין הממון יוצא מגוף התרומה וא"כ הוי כקנסא של עבד דלא מהני לאותן שמפרשים שם דאיבעי' הוי משום דהקנס אתי מעלמא, והביא שם הירושלמי דכל פלוגתייהו לא הוי אלא אי רשאי ליקח ממון ולמכור הע"ה וא"כ קשה אף דלמ"ד ממון ומותר ליקח ממון בשביל הע"ה מ"מ הא הוי דשלב"ל כקנס של עבד וע"ש שהניח בקושיא — ולענ"ד א"א לומר להש"ס שלנו דפלוגתייהו בהכי אי רשאי ליקח ממון בשביל הע"ה דהרי מגמ' דבכורות דלכ"ע רשאי ליקח פרוטה בשביל ע"ה— ועוד דהר"מ ז"ל הא פוסק ע"ה איננה ממון ומ"מ פוסק דרשאי למכור הע"ה לישראל חבירו, ועוד יותר דהר"מ הביא קרא שהביא הירושלמי לענין ע"ה כדלעיל ומ"מ פסק דרשאי, א"ו דמותר ליקח לכ"ע וזה צ"ע על הגה' שמחת יו"ט ז"ל — א"ו דפליגי אי הוי ממון דהיינו שיש לו ממון בגוף התרומה עצמה ושל הקנין או לא וכמש"ל ולק"מ קושית השמחת יו"ט דמ"ד ממון סובר שיש לו ממון מועט בגוף התרומה ואינו דומה לקנס של עבד דאתי מעלמא לגמרי וזהו ברור — וכן מצאתי כדברי בשאגת ארי' הל' חמץ סי' ע"ז שכ' ג"כ דלמ"ד ע"ה א"מ אינו יכול להפקיר ולבטלה—ובמק"ח על הל' פסח תמה עליו דהא בעירובין מבואר שיכול להקדיש ולהחרים ע"ה שיש לו בקדשים ומכש"כ שיכול להפקיר וכ' שם דהא דאינו יכול לקדש האשה ה"ט משום דלמ"ד ע"ה א"מ אף שהוא כסף מ"מ הוי כזכות מבחוץ דלא מהני משיכת החפץ ולא ק"ש ואג"ק אבל להקדיש ולהפקיר דא"צ קנין ונתפס בדיבור מהני ע"ש — דלענ"ד כל דבריו ז"ל תמוהים דמה שהביא ראי' מעירובין אין זו ראיה כלל דשם הא מקדיש הבכור גופה לבה"ב או כל קדשי מזבח וילפי' מקרא דמהני מה שמקדיש לענין הקדש עלוי ולכך ליתן ע"ה שבה להקדש ב"ה כדילפי' לה מקרא שם וכן בתמורה ל"ב ע"ש וכיון דמהני הקדישו כשמקדיש הבכור או שהקדש א"כ ודאי דמהני אפי' ע"ה א"מ כי כן גזרה התורה אבל מי שמקדיש ע"ה של הבכור לבדו ודאי דלא מהני לאותו מ"ד שאין לו זכות בגוף הבכור וע"ה הוי ממון מעלמא ודשלב"ל — ועוד דהוא ז"ל כתב סברא שכתבתי דלמ"ד א"מ לא הוי לו ממון בגוף החפץ אלא הכי דמש"ה לא מהני משיכה וקנין ואמאי לא כתב דכיון שזה הממון הוי ממוכא דאתי מעלמא א"כ הוי דבר שלא בא לרשותו עדיין ודשלב"ל וזה לא מהני לא בהקדש והפקר כמו דלא מהני בקנין דאין חילוק בדשלב"ל בין הקדש לקנין כלל — ואשר ע"כ דבריו תמוהים ונשאר הדין כמ"ש בשאגת אריה וכמ"ש לעיל דלמ"ד ע"ה א"מ לא מהני לא קנין ולא להפקיר ולהקדיש אותה הע"ה דהוי דשלב"ל וכקנסא של עבד דלכ"ע לא מהני כשיקדיש או ימכור אותו הקנס לרבנן דר"מ דאין אדם מקנה דשלב"ל ואפי' אם ימכור התרומה לע"ה לא מהני כלום דהא הוי דבר שאינו שלו כלל וכן לא מהני ביטול לענין חמץ ולמ"ד ממון מהני וכמ"ש והדברים ברורים כשמש ותו לא מידי :

כלל טז.

חלופי א"ה.

דין א.

חלופי איה מותרים מה"ת.

הנה זה מוכרח מכל הראשונים דחלופי א"ה מותרים מה"ת לכתחלה אף למחליף עצמו באותן א"ה שאין תופסין דמיהן: וזהו דבר הלכה ברור דהא מכירת א"ה אסור מה"ת כדמוכח מהא דכתיב לגר תתננה או מכור. ולחזקיה מדהוי הנאה המביא לידי אכילה והם כל הנאות כדפרש"י שם בסוגי' וא"כ מצד הסברא שיהיו הדמים אסורים למוכר עצמו מה"ת דהא כשנהנה מהם נהנה מא"י הנא' שמכר וגם הוא אוכל עתה הא"ה. לחזקיה דזו ההנא' שמביא לידי אכיל' וא"כ התורה אסרה לו למכור שלא יביאה לידי אכילה וכשמכר מותרים לו הדמים שהוא נהנה ועיי' תשו' חו"י סי' מ"ו שהאריך הרבה להקשות. — והר"ן בע"ז כ' בטעמא בשם ירושלמי לפי שאין דמיהן וכ' שם דמש"ה מקודשת משום שאין ממון זה דמי ערלה שאילו כן אף הדמים הללו היו אסורין למוכר דמ"מ מנייהו מתהני שמכרן בדמים ומ"ל הן מ"ל דמיהן כו' ומעות מתנה הן ולפיכך מותרים עכ"ל ולפי פי' הר"ן נתקשה הירושלמי למה מקודשת הא הדמים הללו ראוין שיאסרו למוכר עצמו דהא כשנהנה הוא נהנה מא"י הנאה וכיון שאסורין למוכר לא נתן לה משלו מידי ומתרץ הירושלמי דהם מותרין למוכר שאין דמיהן זהו פי' הפשוט בר"ן ולא כמו שפי' בו המל"מ ז"ל ויתבאר לקמן.— והנה לפ"ז אנו יודעין אמאי מותרין הדמים למוכר לפי שאין דמיהן אלא דעדיין לא נתבאר תוכן הענין מ"ל בזה שאין דמיהן הא מ"מ הוא נהנה מא"י הנא' וכי היכא שאסירה המכירה מה"ת אף שאין דמי המכירה שיקבל דמיהן ומ"מ אסורה וא"כ מה שקיבל בעבורה ג"כ תאסור. — ועוד דתינח להירושלמי אבל לרש"י ז"ל דכפי הנראה אינו סובר כן אלא סובר דהוי דמיהן דהא הביא ראיה לדחות הי"א שמתירין את החלופין ממה דא"כ מאינו דמים לחמץ בפסח ואי סובר אין דמיהן א"כ אין ראיה זו כלום וכמו שדחה בזאת הרמב"ן והריטב"א ראיית רש"י בזה דאף שהחלופין מותרים מ"מ פטור הגזלן מתשלומין של חמץ משום שאין דמיהן א"ו סובר רש"י דהוי דמיהן ונפלאתי על המל"מ ז"ל שכ' דרש"י מודה שאין דמיהן וזהו פלא: וא"כ סוף סוף הדרא קושי' לדוכתא אמאי דמי א"ה מותרין למוכר עצמו מה"ת:

ונראה לבאר טעמא דהך מילתא דהתורה לא אסרה בין לחזקיה ובין לר"א אלא הנאת הערלה אבל הנאת דמי ערלה אינה אסורה שהרי דמים אילו לאו ערלה נינהו אלא דמי ערלה והערלה נתהפך ונעשית דמים ואותן מותרים דהא שאסור לחזקיה כל הנאות המביאות לידי אכילה היינו אותה הנאה שיש לו מערלה גופה וכגון שמכר הערלה דאז ע"י מכירה זו נתרבה הונו ויהי' לו הון לאכילה ואותה הנאה יש לו מיד מן הערלה כשמכרה ומש"ה אסור למכרה כדי שלא להנות הנאה זו בעת המכירה שמביאה לו לידי מאכל א"כ אבל מיד יש לו הנאה זו במכירה ומן הערלה עצמה נהנה אבל אחר שמכרה מותר לו להנות א"כ מדמיה דהא תו אינהו לאו ערלה נינהו וליכא איסור וכן לר"א מאו מכור לא נילף איסור הנאה אלא הנאת מכירת הערלה עצמה אבל לא הנאת דמיה. ועיי' הרא"ש נדרים בהלכותיו פי' הנודר שכ' וז"ל דמכירתן היינו הנאה כיון שמקבל דמיהן והוי כנהנה מגופן עכ"ל. וא"כ הא' הנא' אסורה שנהנה אז מגופה אבל אם הנאה זו עברה תו ליכא אי'. ואם תשאל מה חילוק יש בין הנאה זו להנאת דמים סוף סוף כשנהנה מדמיה איכא ג"כ הנאת גופה להמוכר לק"מ דלא דמי כלל דהנאה מגופה היא הנא' הבאה שלא בגרמא אלא הנאת עצמה אבל הנאה שנהנה א"כ מדמיה הנאה גופה הא מדמים הוא נהנה השתא אלא שאם תשאל מהיכן באו הדמים תאמר שבאו לו מן הערלה וא"כ הערלה לא הוי רק גורם להנאה זו שהוא נהנה עתה שאילו לא הי' לו ערלה לא הית' לו הנאה זו וכה"ג לא הוי רק גורם הנאה וכל גורם לא אסרה התורה דהי' אפשר לו להנות מדמים אילו בלא ערלה ואין הערלה מסיבת להנאה זו אלא גורם הוי להו. — וכה"ג כתבו הראשונים גבי מלוה לאו להנות נתנו והקשו הא מקבל שכר מלוה ותי' דהשכר לא הוי אלא גרמא בעלמא ומותר. וגם שם אי הי' הנאה מהלוה עצמה היתה אסורה אבל כיון שהמלוי' עצמה לאו הנאה היא אף שנהנה משכר הבא מן המלוה לא הוי אלא גרמא דהרי עתה הוא נהנה מן השכר אלא שהמלוה גורמת השכר ומותר וכן כאן כשמכר ערלה בעד ככר לחם הנאה זו שיש לו כשמוכר הערלה שיש לו מיד הנאת קבלת הככר זהו אסורה אבל מה שאוכל א"כ מן הככר הנאה זו יש לו מן הככר עצמו אלא שהערלה גורמת לו הככר וזהו הנאה שנית מהערלה והוי גרמא ומותרת דלא אסרי' התורה אלא הנאה ראשונה הבאה מערלה גופה. ואין כאן חילוק לפ"ז אם נאמר דהוי דמיהן או לא כלל דאף דהוי דמים מ"מ הוי זו הנאה השנית בא בגרמא ומותרת. — ומי שיכלה להבין לאישורו יראה שזה אמת:

והנה אף שהירושלמי סובר דאין דמיהן וא"כ אינם הדמים אלא גרמא של ערלה דאי לא יהיב ליה ערלה לא יהיב ליה דמי ומ"מ אסורה במכירי' מה"ת וא"כ גרמא נמי אסורה מ"מ גם לדעתו יש חילוק זה דהנאה ראשונה הוי גרמא ובאה מגוף ערלה בעת שמכרה והנאה שנית הוי לפ"ז גורם דגורם ומותרת והבן זה. — והנה יש להביא ראיה מכאן וביה לרש"י דהוי דמיהן דאי אין דמיהן א"כ לא הוי אלא גרמא ומ"מ אסרה התורי' ואמאי מותרים הדמים כיון שסבר אסרי' התורה גרמא לא נחלק בין גורם אחד לשני והא דהדמים מותרים מוכח ג"כ מן התורה שאסרה המכירי' דאי דמים אסורים א"כ אין זה מרבה הונו ע"י מכירה זו כלל דהא גם מה שמקבל אסורה לו כערלה ואינו שלו ולפי דעתי מי שמכר ערלה בערלה לא עבר כלום דמה פעל וא"כ מוכח מהא דמכירי' אסורי' דהדמים מותרים ומש"ה אסורה שנהנה במה שמרבי' ממנה הונו שלא הי' לו בערלה זו האסור ומדדמיה מותרים א"כ יש לה דמים דרש"י הא סובר דכל שהדמים מותרים כשמכר מקרי יש לה דמים אף שאסור לכתחלי' כאשר יבואר לקמן וא"כ הוי דמיהן ומש"ה אסרי' התורי' המכירי' דלא הוי הדמים גרמא אלא הנא' יוצאה מגוף הערלה שיש לה דמים ומוכח דהוי דמיהן מלאסור המכירי' ומוכח ג"כ דדמי' מותרים ממכירה זו שאסורה כמ"ש ודו"ק בכ"ז מאד כי הדברים ברורים:

יאי

דין ב.

חלופין איה אי מדרבנן אסורין למחליף.

ואי חלופי א״ה אסורין מדרבנן למחליף פליגי בה הראשונים ז״ל דעת ה״ה שהביא רש״י בחולין וכן דעת הרמב״ן והרשב״א והר״ן והר״מ ז״ל דמותרים לכתחילה אפי׳ למחליף ודעת רש״י ז״ל דאסורין מדרבנן וכפי הנראה עיקר ראיית המתירין מהא דקתני מכרן וקידש בדמיהן מקודשת וסברי הני ראשונים ז״ל דהמעות צריכים להיות מעות שלו ויתן לה כסף שוה לו ואי נימא דאסורים לו א״כ לא יהיב לה מידי ואפי׳ אי רק מדרבנן אסורים לו מ״מ אינם שוים אצלו כלום, וכן למדתי מדהקשה הרשב״א והר״ן על רש״י ז״ל מהא דמכרן אמאי מקודשת ומתרצי דס״ל לרש״י שא״צ ליתן לה משלו ומשמע דמהכא יצא להם דע״כ מותרים דהם סוברים שצריך להיות כסף שלו :

ראיתי בספר קרבן אליעזר שהביא קושי׳ בשם מהרי״א קארו על הר״ן שהקשה לשיטת רש״י ממכרן וקידש בדמיהן ותי׳ וז״ל לעולם למחליף עצמו אסורין ואפ״ה כיון שהאשה יכולה להנות בהן ממילא היא נקנית עכ״ל והקשה הרב הנ״ל דא״כ מ״ש קדושין מאשר הקנאות שבעד דמי א״ה פירות או כלים יהיו נמי מותרין למחליף מטעם שאותו אחר מותר להנות בהם וממילא הם נקנים ועלה הרב דכוונת הר״ן דשאני קדושין משום פ״ו או משום דבר שאינו ניכר — והקרבן אליעזר כ׳ שאין זה במשמעות לשון הר״ן שלא הביא כלום מפ״ו והאריך הוא ז״ל בדבר דחוק עוד — ולענ״ד יש לתמוה על הגאונים הללו שלא ירדו לסוף דעת הר״ן כלל כי הם סוברים דקו׳ הר״ן היתה איך מותר להנות מאשתו וזה אינו כי לא עלה על דעת הר״ן להקשות כן כי הלא קושי׳ זו כבר תי׳ רש״י ז״ל עצמו דמשום פ״ו התירו אלא דקושית הר״ן היתה איך היא מקודשת הא המעות אינם שלו כיון שאסורים לו וכן הקשה בקידושין וע״ז תי׳ דמ״מ כיון שלאשה מותרים ובאו לידה מאתו ממילא היא נקנית דל״צ שיהיו המעות שלו אלא שיבואו לה מאתו וכמ״ש בקידושין וממילא דלק״מ מאשר דברים שקנה שיהיו מותרים לו דודאי אסורין לקונה ולא דיבר מזה הר״ן כלום וזה אמת ול״ע :

ואמנם הר״ן גופיה הוא סובר דא״צ להיות כסף משלו והביא ראיה מגזל אחר יאוש ויאוש הא ל״ק ולאו דידיה ומ״מ מקודשת דהכא יבאו לה מאתו ומהני וכן בא״י הנאה שמותר לה ואי קשי׳ א״כ מנ״ל להר״ן דחלופין מותרים לו לק״מ דהוא ז״ל הא מפרש כן אבעיי׳ דרמב״ם דנדרים דהכי מספקא ליה אי חלופי א״ה מותרים או אסורים ולא נפשטא ופסק לה לקולא בדרבנן. — והרשב״א ז״ל מפרש לה להאבעיי׳ באופן אחר דהוא מפרש דהיתה האבעיי׳ אי מותר למכור ולהחליף א״ה לכתחלה מה״ת או לא ופשט לו ממכרן והי׳ סובר לכתחלה וע״ז השיב דלמא לכתחלה הוא דלא הייתו לא ימכור.

והא דלא מפרש גם ה״ה האבעיי׳ כמו הר״ן הוא לשיטתו אז״ל שהוא סובר שצריך להיות כסף קדושין משלו ומתרץ להא דגזל אחר יאוש דמהני משום דכשהיא קנאתו גם הוא קונה והוי שלו וא״כ לא מצי לפרשה דמסופק אי חלופין אסור דא״כ מאי קא מדמה לכתחלה לא דהיינו דאסורין לכתחלה שחלופין זה א״א דא״כ אמאי מקודשת הא אסורים לו ואין הכסף שוה לו כלום ולכן פירש כמו שפי׳ הוא ז״ל. — ומה מאד תמהו האחרונים ז״ל על הרשב״א בפי׳ זה דאיך יסתפק רמב״ם על הנכרי אי מותרת הא כתיב או מכור ועיי׳ מל״מ והיא תימה גדולה.— ואמרתי לתרץ דודאי כן מוכח מקרא דאו מכור לנכרי אבל יש לפרש מיעוט זה בשני פנים חדא דהתורה אסרה שמכירה בא״ה ויש עוד לפרש כוונת התורה שאמרה בנבילה תתננה ומכור והיינו שאתה הנותן והמוכר והוי שלך אבל א״ה אינה שלך ואין בה משום גזל ולא מהני נתינה שלך כלום ולפ״ז לא כתיב כאן אי׳ מכירה כלל ואפשר שהיא מותרת דכיון שאינו פועל בה כלום דהא לא מכר כלל אלא גרם שהלוקח נותן לו מעות בחנם ובגרמא כזו מותרת וזהו היתה אבעיי׳ של רמב״ם ופשיט ליה דאסור לכתחלי׳ ולק״מ שוב מצאתי כן בח״ס ז״ל שרמז לזה ואמרתי ברוך שכוונתי לדעת הגאו׳ ז״ל וזה אמת. — והשתא נבאר מ״ש הרמב״ן ז״ל הביאו הר״ן בע״ז ר״פ השוכר על הא דאמר אילימא משום דיי״נ אסור. דה״ק אילימא הוא״ל ויי״נ כו׳ שכל שאסור בהנאה אף הנאת גרמתו אסורה אע״פ שאינה דמים לו לא מצית אמרת שהרי ערלה וכ״כ דאסורין בהנא׳ ואפ״ה ממון שבא בגרמא שלהן מותר כדתנן מכרן כו׳ מקודשת עכ״ל הרמב״ן ז״ל וכ׳ עליו הר״ן וקשה הייתי לפרשו לפי׳ זה דבעי למימר דמדאו׳ מיתסר בשכר א״י הנאה סוף מע״ז בכל א״ה למחליפין או למשתכר בהם ממון גרמא שלהם אע״פ שאינן חלופין ממש ולא דמים אבל לא מצינו למימר דלאחרים אסור שאפי׳ בדמים שלהם ממש אין הדין כן כו׳ אסור לפועל בלבד עכ״ל הר״ן — הנה פי׳ הר״ן בכוונת הרמב״ן ז״ל דר״ל ממון גרמא של כל א״ה אסורים מה״ת למחליף עצמו. ולכאורה תקשה היכן ראה הר״ן ז״ל בדברי הרמב״ן דר״ל מדאורייתא אסור להס״א ואפי׳ אי מדרבנן אסור צריכא טעמא אמאי ומכש״כ שיסבור דאסור מה״ת ועוד הא מצי לפרש הס״א דאסור מדרבנן ולמה נפרשה מה״ת ועוד דלפי מה שפי׳ הרמב״ן ז״ל דמה״ת הי׳ הס״א שלו ע״כ דהפי׳ אסור דקתני במתני׳ אסור לו קאמר דלאחרים א״א דהא לא מצינו איסור לאחרים אלא ע״י תפיסת דמים וזה לא שייך אלא ע״י חלופין ולא בפועל וגם לא בשאר א״ה א״ו אסור דמתני׳ רק לו ולמה לא פי׳ יותר אסור דמתני׳ לאחרים נמי וכפשוטו דמשמע בין לו בין לאחרים דמכח זה חולק הר״ן על פירושו של הרמב״ן ז״ל כמ״ש שם לקמן וא״כ מה דחקו להרמב״ן ז״ל לפרש כן — ונראה דקושי׳ אחת קשיתיה לרבינו הרמב״ן ז״ל ומכח זה הוצרך לפרש כן כמו שפי׳ דקשה מאי פריך ממכרן וקידש בדמיהן מקודשת והוכיח דמותר למחליף דילמא לעולם אסורין לו מדרבנן והא דמקודשת היינו לחומרא משום דאין האיסור אלא מדרבנן ומה״ת מותרים לו ומש״ה מקודשת מה״ת ולחומרא להצריכה גט משניהם וכן ראיתי באחרונים שהקשו כן כאשר יבוא לקמן א״ה — ומש״ה הוצרך לפרש דר״ל עתה שיהיו אסור מה״ת ומש״ה פריך שפי׳ אמאי מקודשת וכיון שכן הוצרך להוציא המשנה מפשוטה ולפרש אסור לו ולא לאחרים דאי לאחרים נמי א״כ ע״כ רק מדרבנן דמה״ת א״א ואי מדרבנן א״כ מאי פריך דילמא לחומרא א״ו מדאורייתא ורק לו — ואי תקשה איך יסי׳ הס״א לאסור חלופין אפי׳ מה״ת למחליף ולפי האמת ליכא אפי׳ איסור דרבנן ובמאי טעה הס״א לק״מ דהא כל זאת שאנו יודעין דחלופי א״ה מותרים למחליף הוא מהא דמכרן וקידש בדמיהן וכמ״ש לעיל דכל הראיה של הנהו המתירין הוא ממשנה זו דמקודשת וא״כ קודם שידע משנה זו ודאי הי״א לאסור ואפי׳ מה״ת יש סברא לאסור למחליף משום שבשעה שהוא נהנה הוא נהנה מאיסו׳ הראשון ואף שאינו רק גרמא מ״מ אפשר דגרמא נמי אסורה ומוכח כן מדאסרה התורה מכירה של הערלה ואף שאין דמיהן וליכא אלא גרמא מה שמרבה הונו בערלה זו והרי זה דומה לאם אמר לו אחד תנוח הערלה ממקום זה למקום אחר בביתך ואני נותן לך כך וכך שאין נתינת הערלה זו במקום אחר שום איסור אלא גרמא שיקבל בשביל זה מעות וא״כ כן המכירה זו אינה כלום והמעות שקיבל אין דמיהן ומ״מ אסרה התורה וא״כ לפ״ז הסברא דכל גרמא וכן של פועל אסיר לו לבעל דבר עצמו משום שעכ״פ הוא נהנה וזהו הס״א ודחה אותו ממשנה זו דמכרן וקידש דמשם מוכח דליכא איסור תורה עכ״פ אבל אי הי׳ מיירי מאיסו׳ דרבנן לא הי׳ פריך מידי דלחומרא — וזהו הבין הר״ן בכוונת הרמב״ן ז״ל, דע״כ מה שפי׳ הרמב״ן אסור לו והוציא משמעות הוי משום שרצה לפרש הס״א מה״ת משום קו׳ הנזכרת וא״כ ע״כ אסור לו ולא לאחרים וזהו דבר נפלא, אך הר״ן ז״ל לא רצה לפרש כן ולהוציא המשנה ממשמעה ופי׳ דאסור לכל גם להס״א ומדרבנן וכמו שפירשו התוס׳ ולא חש לקו׳ זו דדילמא לחומרא דאין משמעות כן מקודשת משמע מה״ת, או דסובר דכל שהמעות אסורין לה אפי׳ מדרבנן לא קיימא לקדושין כלל וכן כ׳ הריטב״א באמת דכל שאין לה מעות להנות מהם א״כ לא קבלה כלום ואין חילוק בין מדאו׳ או מדרבנן דסוף סוף אין לה מהם כלום ושפיר פריך וכן מצינו פלוגתא זו בין הר״ן להרמב״ן ז״ל במגרש תוך ד״א שלה דהר״ן מתרץ לה משום דאף דד״א דרבנן מ״מ הפקר ב״ד הפקר והוי מה״ת והרמב״ן מתרץ לה משום אפקינהו רבנן לקדוש׳ וא״כ סובר הרמב״ן דלא מהני דרבנן לדאו׳ ומש״ה הי׳ קשה לו גם כאן דלימא לחומרא והר״ן לשיטתו לק״מ דכל דרבנן בממון הוי כעין דאו׳ ודו״ק:

וראיתי להרשב״א בחולין שרוצה להוכיח דמותרים החלופין לדידיה ואפי׳ לכתחילה וכ׳ שם ותדע לך מדפריך בע״ז גבי שוכר את הפועל כו׳ ותנן מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ואם איתא מאי קושי׳ הא אמרי׳ התם דלכתחילה אסור להנות ממנו אלא ודאי כיון שמכרן מותרין לו לכתחילה ומקדש בהן את האשה ומיהו בתוס׳ תי׳ כו׳ עכ״ל ולכאו׳ דבריו נפלאים דסוף סוף מנ״ל להקשות כן הא בברייתא קתני וקידש דמשמע דיעבד ודילמא באמת לכתחילה אסור בהם. — ונראה כוונתו דהמקשן סובר דע״כ הך וקידש לאו דוקא אלא מותר לקדש קאמר דאי ס״ד דאסור בהם לכתחילה א״כ לא תהוי מקודשת כלל דהא צריך שיהי׳ כסף משלו וכל שהיא אסור בהם לכתחילה לאו שלו הם אלא ודאי דמותר אפי׳ לכתחילה בין לקדש בין לדבר אחר והא דנקיט וקידש לאו דוקא ומוכח דלא כרש״י דאפי׳ אי אסורים לו המעות מ״מ מקודשת שא״צ משלו א״כ מאי פריך וע״ז תי׳ הרשב״א דהכרו אסור משמע אפי׳ לאחרים או בדיעבד ודו״ק:

והנה לפי הנתבאר עיקר פלוגתייהו של הראשונים בהא דהמתירין סוברים כל המקדש צריך להיות הכסף משלו וא״כ ע״כ מדקתני מכרן וקידש בדמיהן מקודשת מוכח דהדמים מותרים לו לגמרי אפי׳ לכתחילה דאל״ה אינה מקודשת כלל, ורש״י סובר דאפי׳ אסורים עליו המעות מ״מ מקודשת שא״צ שיהיו משלו כלל וכמ״ש הר״ן באמת בקדוש׳ ומוכח לה מגזל אחר יאוש ועפ״ז מפרש הר״ן הך פשיטות הגולה לפשוט בנדרים אבעיי׳ דרמב״ם דמסופק לדעתו אי חלופי א״ה אסורים מדרבנן ופשט לו מהא דמכרן וקידש ומפרש לה הר״ן דה״ק אי ס״ד חלופין אסורין לו א״כ הי׳ צריך לחזור ולקדש דהא נהנה מאשה זו שקידש בא״ה והוי חלופי חלופין ולא פי׳ הר״ן דהקושי׳ היתה אמאי מקודשת לו הא אין הכסף שלו משום שזו אינה קושי׳ דא״צ להיות הכסף שלו ומ״מ מקודשת, ועוד דמוכח כן דאי קשה ליה אמאי מקודשת א״כ מאי

דאי דילמא לכתחילה לא דהיינו לכתחילה באמת אסורים עליו הדמים הא סוף סוף קשה כיון דלכתחילה אסורים עליו אמאי מקודשת הא אין כסף שלו א"ו שא"ל להיות שלו ולכך פי' דמספקינן הי' סובר חלופי חלופין אסורים וצריך לחזור ולקדש והר"ן השיב דחלופי חלופין שהחליף בדיעבד מותרים ודו"ק בכ"ז. — והרשב"א ז"ל דסובר שצריך להיות הכסף שלו לא הי' יכול לפרשה כן ופי' דכל אבעי' היתה אי מותר למכור לכתחילה וכבר כתבנו לעיל לתרץ שיטתו ושכן כ' הח"ס ז"ל — אבל יש לי עוד קושי' נפלאה על פירושו ז"ל והיא דאיך אפשר לפרש כן אי מותר לכתחילה למכור הא כמצ"ה אבעי' ליה בנדרים ג"כ אי מותר למכור ולהחליף מה דאסר עליו, ובנדרים הא קיי"ל יש מעילה בקונמות וכל המוציא מרשות לרשות הא הוא מועיל בהקדש וא"כ אפי' אי נימא בשאר א"ה מותר למכור וכמו שהבין הפשטן שם מהא דמכרן וקידש דמותר לכתחילה למכור מ"מ היינו בשאר א"ה דכל האיסור הוי ההנאה ואפשר דלא אסרה התורה אלא הנאה מגופה אבל הנאת גרמא של מכירה מותר אבל בנדרים דמועילין בו א"כ כל הוצאה מרשות לרשות הוא מועיל בלא הנאה כלל ומאי מספקא ליה וזה לע"ג ועי' ר"ן נדרים מ"ז ד"ה והוי יודע שכ' שם דכל הוצאה מרשות לרשות הוי מועיל אפי' ליכא הנאה ועי' קי"ט אנגאזי בכורות:

והנה רש"י ז"ל הוכיח שיטתו כנגד הי"א דא"כ מליכו דמים למצה בפסח ואמאי פטור אוכל תרומת חמץ בפסח — והראשונים ז"ל דחו ראיה זו אבל לא בגוונא חדא הרמב"ן והר"ן ז"ל דחו שאין דמיהן והיא דלעולם מותרין החלופין והא דהגזלן פטור היינו משום שאין דמיהן דלעולם אין זה הא"ה שוה בעצם כלום ואלא שאם מכרו מה שקיבל עבור הא"ה לא הוי דמי החמץ דהא א"ה אין לו שום דמים וא"כ מש"ה פטור, והא דאין לו דמים ה"ט משום שהרי הוא אסור למכרו וא"כ לא שוה כלום שבשביל שהוא יכול לגרום שיבוא לו מעות מא"ה זה בשביל זה אין הגוזל חייב לשלם דכל מעות שיבואו לו לא יבואו אלא בגרמא אבל דמים אין לו — והריטב"א בחולין כ' על רש"י ז"ל שהרי זה אסור למכור והרי זה חשוב שאין לו דמים והשלומין שאין לנו להמזיקו שיהי' עובר על התורה למכרו עכ"ל והתוס' בחולין דחו פשוט דהא אסור למכרו לכתחילה וא"כ אין לו דמים — ונראה דהריטב"א לא רצה להקשות פשוט כהתוס' דזה ל"ק כ"כ דרש"י סובר דאף שאסור למכרו מ"מ אלי טעין אני הייתי עובר על האיסור זה דלכתחילה ואם עברתי פעם אחת ומכרתי יש לו דמים מותרים לו וחייב הגזלן, וע"כ פי' הריטב"א יותר דאין לנו להמזיקו שיהי' עובר על דברי תורה ונראה כוונתו דהוי זה נהנה וזה לא חסר דפטור וגם בזה אמרי' אכן דהוי גברא דלא עביד למכור ולעבור על אי' תורה ובהיות כן יש לתרץ גם קו' הריטב"א דכיון שהי' ראוי לו שלא כדרך הנאתו והי' שוה לו פרוטה ואף שאסור למכרו אפי' בפרוטה זו מ"מ הוא הפסיד והגזלן רוצה לפטור א"ע בטענת זה נהנה וזה לא חסר דמוקמינן ליה בחזקת דלא יעבור על איסור למכור וכיון דעכ"פ פרוטה חייב לשלם לו מגלגלין עליו את הכל כדקיי"ל ב"ק דף כ' גבי שמכורי דאסייתא א"ו דלא כהי"א שלא דאסורין לו הדמים לבעליו ומש"ה פטור לגמרי דאף אם ישלם לו הדמים אסורים לו. ועי' לקמן בדעת התרומות — ואמנם עוד הקשה הריטב"א קושי' אחת על רש"י ז"ל והיא עצומה שאם זו הוכחה דמוכיח רש"י דא"כ מליכו דמים א"כ אמאי לא פשוט כן כמצ"ה אבעי' שלו בנדרים כדבעי' שם אי חלופי א"ה אסורים — ובתוס' חולין כ' שיש לאיש לדין של רש"י מהא דנדרים דמסיק דילמא לכתחילה הוא דלא והוו קשה מאוד דאם פירש רש"י ז"ל אבעי' זאת לענין חלופי א"ה כמו שפי' הר"ן א"כ ה"ל לאפשוטה לקולא דהא מילתא דרבנן הוא:

ועוד קשה דרש"י ז"ל סובר חלופי חלופי ג"כ אסורים ורק באשה שהיתרו לו וא"כ אין זה הטי' שמתרץ שם דילמא לכתחלה לא וכדפי' הר"ן דהתרלן השיב לו חלופי חלופין מותרים ולא מחלק שם הגמ' מקידושי אשה לשאר הנאה כלל. — ולולי דברי הראשוני' ז"ל כלע"ד דרש"י פי' ז"ל אבעי' דכמצ"ה כהר"ן ודלא כהר"ן בהא מפרש כר"ן דאבעי' היתה אי חלופי א"ה אסורים למחליף מדרבנן או לא אבל לא כהר"ן לגמרי דהר"ן כ' שם דאם החליף לא מבעי' ליה דודאי מותרין למחליף כמו ורק בשהחליף הוא עצמו בעי ורש"י פירשה דאם החליף אחר כמו מבעי' ליה ואדרבה רק בהחליף אחר והיינו דהא ידע גם כמצ"ה שאם מכר הוא עצמו ועבר על איסור מכירה שהיא דאורייתא ודאי קנסינן ליה כמו דקנסינן בכל איסור אם עבר כדי שלא יהנו מעשיו, וידע זאת מראיה שהביא רש"י דא"כ מליכו דמים למצה בפסח א"ו שאם מכר הוא עצמו הדמים אסורים לו ותו לא מליכו דמים ופטור הגוזל שפיר אבל בזה נסתפק כמצ"ה מהו בחלופיהן אם החליפן אחר שלא מדעתו של בעליו אי אסורים ג"כ או לא והכי קמבעי' לי' אי הא דחלופין אסורים מדרבנן הוי אפי' בשהחליף אחר דחז"ל אסרו לו להנות כלל מא"ה ואפי' היכא דליכא קנסא דלא עבר הוא כלום אלא אחר מ"מ אסרו עליו משום שהוא הוי כהנה מא"ה ואסרו ההנאה לגמרי משום גזירה אטו א"ה עצמו או לא אסרו אלא משום קנס וזה כשעשה אי' מכירה אבל בלא כשעשה איסור לא ושמך

אבעי' שלו על המשנה דאסור בחלופיהן ואפי' החליף אחר במשמע וכמ"ש הר"ן ומסתפק אי הדין דמתני' בכל א"ה כן וא"כ אפי' באוסר על חבירו כמי או נימא דדוקא בנודר על עצמו משום דעשאו עליו כהקדש ובשאר א"ה ליכא איסור בשהחליף אחר וכן על חבירו כמי לו דלשאר איסור דמי דהוא איכו יכול לאסור עליו החלופין דהוי דשלב"ל ופשוט לי' ממכרן וקידש דקשה אמאי מותר להנות מאשה בקידושין הללו הא כהנה ומזה כלה לפשוט דע"כ לא אסרו חז"ל אלא מטעם קנסא ומש"ה שהיתרו בקידושי אשה וכמ"ש רש"י דאף שעשה איסור וראוי לקנסו ולאסור מ"מ לגבי אשה התירו משום דכלאה שלא מכר אלא למלוה והתירו משום המלוה אבל אם איתא דחז"ל אסרו כל החלופין של א"ה כא"ה עצמו ואפי' לא עשה איסור ואפי' ע"י אחר שלא מדעתו א"כ אין סברא שיתירו לו למלוה — ועוד דבשלמא אי לא אסרו לו אלא כשמכר ומשום קנסא א"ש דהתירו בקידושי אשה למלוה וכגוונא דאמרי' בגיטין דף כ"ד האי גברא מתכוין למלוה ואכן ניקים ונקנסיה והא הכא אי משום קנסא אבל אם אסורים בהנאה אפי' שלא בקנסא א"כ הוי כשאר א"ה דרבנן דאסור אפי' במלוה ומשני דילמא לכתחילה הוא דלא הא דעבד עבד והיינו הא דתבעי לי' אי אסורין בשהחליף אחר לא תבעי אלא חלופין כאסורים דאסורים כמו הא"ה ואסורים לכתחילה אבל חלופי חלופין מותרים על ידי אחר דלא אסרו אלא חלופין משום גזירה אטו א"ה אבל חלופי חלופין לא דליכא גזירה וכמ"ש הרא"ש. ואי דמ"מ הא מכרן הוא עצמו ואסורין אפי' חלופין כמי דהא שייך ג"כ קנסא זו שימכור ויעשה חלופי חלופין וכן מוכח כמי מהא דא"כ מליכו דמים למצה בפסח מהא לא קשה דהא כל משום קנסא הא למלוה התירו ובזה עלו כהוגן כל הספק והראיה של רש"י ז"ל ולק"מ דודאי ידע כמצ"ה דלמוכר עצמו אם מכרן אסיר משום קנסא וכן לא הוצרכה הגמ' להזכיר מהך שילוק רש"י בקדושי אשה דזה פשוט על מכרן הוא ושאם שאי' משום קנסא למודא אבל כאן לא דיבר מזה אלא אם החליף אחר אי אסרו ההנאה של חלופין משום גזירה וא"כ ליכא לחלק בין למלוה וע"ז משני דחלופי חלופין ודאי מותרים היכא דליכא קנסא וכן פי' הר"ן דהתרלן השיב חלופי חלופין מותרים, אלא דרש"י סובר דכל שהיא משום קנסא ודאי אפי' חלופי חלופין אסורים מסברא ומראים דא"כ מליכו דמים ואמאי פטור הגזלן הא יכול לומר אני הייתי מוכר הא"ה וגם החלופין ותהו פי' כפתור ופרח בעס"י. — ועי' לקמן בפלוגתא שבין הב"ח והפר"ח. — והנה אף לפמ"ש מ"מ מוכח דרש"י ז"ל סובר שאין כסף קדושין צריך משלו וכמ"ש הר"ן דאל"כ קשה אמאי מקודשת במכרן הא אסירים לו הדמים. ושנימא דמקודשת למומרא לא נוכל לומר כן לפי האמת אף שכתבנו לעיל דהרמב"ן ז"ל הי' קשה לו כן מאי פריך דילמא למומרא היינו דיש לדחות כן ומכ"ל להקשות אבל לאמת ודאי שאין לומר כן. ועוד הא רש"י סובר כן דליכא שא"ל לקדשה שנית:

והנה הר"מ ז"ל בפ"ה מנדרים פסק בגדוליהן וחלופיהן ספק באוסר על חבירו ואסור — ובלח"מ תמה שהוא סותר א"ע דבפ"ה ממ"א פסק כרמב"ן דחלופי א"ה מותרים — ועי' כ"מ שכתב וז"ל ורבינו שלא פסקה לקולא נראה שטעמו משום דס"ל כשאוסר פירות אילו עלי אסור בחלופיהן מדאורייתא והאוסר פירותיו על חבירו הוי כאוסר פירות אילו וא"כ הוי ספיקא דאורייתא ולחומרא עכ"ל: ודברים אילו מרפסן איגרא דהא ודאי באומר אילו מיירי כמצ"ה אבל מ"מ לא הוי אלא ספיקא דרבנן דהא כוונת הנודר לא מהני לגבי חבירו על דשלב"ל וכל הנדר לאסור לא הוי אלא אי אמרי' חלופי א"ה בשאר איסורין אסור אבל אי מותר בכל א"ה ודאי מותר חבירו אף באומר אילו — ועי' שעה"מ מה שתי' על הר"מ ז"ל אבל לדברי הכ"מ לא זכר כלל שהם עדיין תמוהים — והנראה דלפי דעת הכ"מ ז"ל היתה אבעי' של כמצ"ה בנדר ובאומר פירות אילו על חבירו אי אסור משום דהוי דבר שלא בא לעולם או לא והיינו דידע שפיר בכל א"ה חלופין מותרים ומ"מ מבעי' לי' דלא ידע אי החלופין הוי כגדולין דהיינו שהם יוצאין מגוף הדבר או הם דבר שלא בא לעולם ממש ותלי' בהא אי אמרי' חלופי א"ה הוי דמיהן של הא"ה א"כ הוי דבר היוצא מגופו של האיסור ולכן מהני אף על חבירו דאף שאין אדם אוסר דשלב"ל היינו כשאוסר רק דשלב"ל עצמו אבל כה"ג שאוסר דבר הבא לעולם וממנו יוצא הדבר שלא הי' בעולם אסור שפיר כדאמרי' גבי דבר שאינו ברשותו דאף דאין אדם אוסר דבר שאינו ברשותו מ"מ כשאסר עליו בעודו ברשותו אסר גם אח"כ שיצא מרשותו — אבל אי אמרי' דחלופין של א"ה הא אין דמיהן וכירושלמי א"כ אינם יוצאים מגופו ולא מהני לאסרו על חבירו: ובאמת כי לפי דעת הר"מ ז"ל כן נסתפק כמצ"ה גם בגדולין עצמם דגם הגדולין אף דהם בעצמם דבר שבא לעולם ואם אוסר הגדולין שיבואו על חבירו לא נאסרו אבל הגדולין שבאו מן הדבר הנאסר אסור דמהני גם על חבירו ואפשר ג"כ דלא מהני דאף שהגדולין ודאי מגופו הם מ"מ כיון שזרעו כלה אפשר דהוי כאחר לגמרי אבל מ"מ יותר פשוט ליה בגדולין ומש"ה נקיט לישנא חלופין כגדולין אבל לעולם בתרווייהו נסתפק, ופשוט ליה ממכרן וקידש והוי ס"ד דמזה מוכח דאין דמיהן וכירושלמי דאמר דמש"ה מקודשת לפי שאין דמיהן וסובר שמקשן דאי הוי דמיהן

היו

היו אסורים אפי' עפ"ה אינו מוכח דאין דמיהן. וא"כ גם בכלל מותר דהוי חלופיו דכל אדם שלא בא לעולם ואינם יוצאים מגופו ודחי דילמא לכתחילה הוא דלא הא דעבד עביד ר"ל דמהא לא תשמע דילמא הוי שפיר דמיהן ומ"מ לא אסרה התורה אלא מכירה לכתחילה משום שמרבה הונו אבל דעבד מותרים הדמים משום שהם הנאה שנית וכשהוא נהנה משם לא מן האיסור עצמו נהנה והא"י לא הוי להם אלא גרמא וכמש"ל בתחילת הענין — ומש"ה פסק הר"מ כאומרא בדאו' כיון דבכלל הוי דאו' ואף דחלופי א"ה בשאר א"י מותרין לגמרי מ"מ באומר אילו אפשר דאסור דהוי דמיהן והוא אוסר על חבירו דשלב"ל כשיוצא מגופו כמו שאוסר על עצמו וזהו שנראה בפי' הר"מ והכ"מ — ולפי דעתי יצא לו כן דלפ"ז נתיישב דקדוק עצום שדקדק הר"ן למה נקיט האבעי' על חבירו ולמה לא נקיט באוסר עליו ולא אמר אילו דג"כ יש להסתפק אי בשאר א"ה אסורין חלופין גם בהא אסור ואי בכל א"ה מותרין גם הוא מותר וזהו דקדוק חמור ועלה להבין בדוחק. ולפמ"ש בדעת הר"מ א"ש דעל הוא עצמו ובלא אילו אין ספק דמותר ככל א"ה רק באילו ועל חבירו יש להסתפק כמ"ש ודו"ק:

דין ג.

אם החליף אחר שלא בידיעתו אי לרש"י.

כתב הטור סי' רמ"ג מעשה וקנתה שפחה יקוות בממון אחר שם והתירה ר"ת לפי שאינו תופס דמיו כדאמרי' המלך של ע"ע מותר עכ"ל — ונפלה מחלוקה בין הב"ח והפר"ח בכוונת של הר"ת: הב"ח פי' דע"כ מיירי שהשפחה קנאה בלי ידיעת ב"ה דהוי הב"ה כאחרים ומש"ה שרי אבל אי ידע הב"ה סובר ר"ת כרש"י דחלופין אסורין מדרבנן למחליף והפר"ח פי' דר"ת סובר כי"א ומש"ה התיר החלופין אבל לרש"י הוי אסור אפי' החליף אחר שלא בידיעתו — ונבאר תחילה כוונת הב"ח שכל דבריו נאמרים בקיצור מתחילה הקשה על הר"ת דאיך למד דינו מהא דהמלך של ע"ע הא שם קי"ל כר"ש דכל חמץ אחר פסח הוי רק דרבנן וא"כ בדרבנן סמכי' להקל אבל אחר שם בע"פ דהוי א"י תורה הא חלופין אסורין כמ"ש רש"י דאל"כ אינו דמים כו'. והא דשרי בקידושי אשה הא הי' רש"י ז"ל דלא שחמיכו ע"ש. — ולכאורה קשים דברי הב"ח בהא דמדמי התם כ"ש הא לפס"ד שם סברות כר"י והוי דאו' ומ"מ מותרים החלופין גם לדידיה דאל"כ אתי מבוויסין וא"כ שפיר י"ל דר"ת סובר כהי"א ומתיר החלופין ואפי' המחליף הוא עצמו והביא לו ראי' לשיטת הי"א מהא דהמלך של ע"ע ומה שדחה הב"ח אין זה כלום דמ"מ מוכח מהס"ד כי"א דהס"ד סברת כר"י וכן הקשה הפר"ח ונראה דלק"מ דזהו כוונת הב"ח דודאי ר"ת סובר כרש"י דאי כהי"א ורוצה להביא ראיה להי"א ודאי צריכין לפרש כאיזהו מהמסקנא דלהה"א אין כאן ראיה דחלופין מותרים אפי' מדרבנן דילמא מדרבנן אסורים והיו מרוויחין שעשו אתי' דאו' איסור דרבנן וא"כ לא מוכח מהה"א אלא דעכ"פ חלופין מותרים מה"ת אבל שיהיו מותרים לגמרי לא מוכח אלא מהמסקנא דלמסקנא מוכח דלגמרי מותרים אפי' מדרבנן דאי עדיין אסורים מדרבנן א"כ לא הרויחו כלום דלר"ש גם חמץ עצמו ליכא אלא אי' דרבנן — ועי"ז כ' הב"ח דמ"מ לא מוכח דשמא רק בחמץ דרבנן מותרים החלופין לגמרי אבל בדאו' אסורין מדרבנן — עוד קיים שם הב"ח אלא מיירי שהשפחה קנתה בלי ידיעה והוי הב"ה כאחרים ומש"ה מותר ולכן הביא ראיה מהמלך של ע"ע ולא הביא מקידושין משום דמסך דהמלך מוכח דאפי' מדרבנן מותר לאחרים ובלי ידיעתו הוי כאחרים זהו כוונתו שם — ונראה שגם מכח זה הוכיח הב"ח דע"כ ר"ת כרש"י דאי כהי"א א"כ למה לא הביא ראיה ממכרן וקידש דמלבד שראייתו מהמלך ליכא ראיה וכמש"ל עו"ק דיותר יש לו לר"ת להביא ראיה להי"א ממכרן וקידש — ועי"ז כ' הפר"ח דלעולם ר"ת סובר כי"א והא דלא הביא ממכרן וקידש משום דהם י"ל לחומרא מקודשת: — והנה אני תמיה יותר על הב"ח דהא הב"ח עצמו קיים דמש"ה הביא מהמלך להוכיח דאפי' מדרבנן מותר ומשמע דממכרן הי' אפשר לדחות דילמא מדרבנן אסור ומקודשת לחומרא וא"כ לפ"ז ודאי קשה קו' הפר"ח שגם אי הר"ת סובר כהי"א ג"כ לק"מ אמאי לא הביא ממכרן דדילמא לחומרא:

ונ"ל דלק"מ וזהו כוונת הב"ח דאי הר"ת כי"א א"כ ע"כ שמביא ראיה לדידיה מותר והא דנקיט ר"ת לשון ואינו תופס דמיו לאו דוקא לאחריני אלא לו להמחליף אינו תופס דמיו לאיסור ולפ"ז הקשה הב"ח תרתי, חדא הא דלעיל דמהמלך לא מוכח למסקנא כר"ש וכמש"ל ועוד למה לא הביא ממכרן דהא כל עיקר ראייתם של הי"א הוי ממכרן וקידש ואי אסורין החלופין הא לא יהיב לה מידי והם הי"א הא מפרשים כן סוגיית הגמ' דברים דרש"י סובר דרמב"ח נסתפק על חלופין א"ה פשיטא לו ממכרן וקידש אמאי מקודשת הא לא יהיב לה מידי ולא דמי דילמא לחומרא יהי' מאיזה טעם שיהיה או דנראה להגמ' דוחק דמקודשת משמע לגמרי או דסוברת דכיון דהדמים אסורים אפי' אם רק מדרבנן מ"מ הוי אינם שלו כדאו' ועכ"פ ראיה זו ממכרן היא מפורשת לדעת הי"א בגמ' דהא היא עיקר ראייתם ומשום ראיה זו התירו החלופין והך סברא דאחרת גם למסקנא דאי אסורים החלופין אינה ראוי להיות מקודשת כמו שלא דחה כן דלחומרא ולמה הלך ר"ת לסוגיא דהמלך שאין ראיה זו מפורשת ולא הביא ראיה המפורשת בש"ס דחלופין מותרים לו למחליף — אלא ודאי דר"ת סובר כרש"י ולרש"י הוי הסיפוק דהא דאינו תופס דמיו ומותר לאחרים הוא מפורש בהא דהמלך שמותר לאחרים דהא בפירוש קתני מותר לכו ואפי' מדרבנן דהא מותר קתני וכל דהשפחה קנתה בלי ידיעת ב"ה הוי כאחרים מצד הסברא להב"ח ומהא דממכרן אף דגם משם מוכח דמותר לאחרים ואינו תופס דמיו דאי אסור א"כ אינה מקודשת מ"מ לא נמצא שם בפי' דמותר אפי' מדרבנן דילמא אסור מדרבנן אפי' לאחרים והא דמקודשת היינו לחומרא וא"כ אם קנתה השפחה אף בלי ידיעת הי' איסור דרבנן ואף שזו אין האמת כן מ"מ לא הוי ממכרן ראי' מפורשת לענין דרבנן כמו מהמלך דמפורש יצא מותר וכיון דלרש"י לא הולך הר"ת ראי' אלא שאין תופס דמיו לאחרים וכשמעתא דמילתא בדברי ר"ת שנקיט ואינו תופס דמיו דהלשון תפיסת דמים משמע לאחרים ויותר מפורשת בהא דהמלך שאינו תופס דמיו ומותר לאחרים אפי' מדרבנן ומדמה הא דשפחה בלי ידיעתו כמו אחרים שלא עשו שום איסור כן הב"ה לא עבר כלום, ובהא דמכרן אין זה מפורש כ"כ דאפי' מדרבנן מותר דדילמא אסור גם לאחרים מדרבנן ומקודשת לחומרא — אבל אי כהי"א הוי איפכא דראי' זו דחלופין לדידיה מותרים מפורשת בגמ' ולא עדיפה לחומרא והא דהמלך איכה מפורשת אי לדידהו מותרין לגמרי אלא לדידן קתני מותר מ"ד — ועוד דאיכא ראיה למסקנא כר"ש ומסש"א אין ראיה דמותר אפי' מדרבנן וכדלעיל וזהו כוונת הב"ח ותיתי לי שכוונתו האמת בדבריו ז"ל ולא קשה מידי — ובשער המלך הקשה על הפר"ח דלפי מה שדחה דברי הב"ח מאי פריך ר"פ השוכר הפועל מהא דמכרן אפועל דילמא לחומרא וע"ש שדחיק עצמו לומר דלה"ה הי' סובר חלופין כל א"ה תופסין דמיהן אפי' לאחריני ותלה בהש"א טעות גדול שיטעה בזה דבשאר א"ה חוץ מע"ז יש תפיסת דמים — ופלא שנעלם מהשער המלך ז"ל מ"ש הרמב"ן שם ר"פ ומה שפי' הר"ן שם בדבריו וכבר הבאתיו לעיל שפי' דהי' סובר דלהמחליף עצמו או לפועל אסורה הגמרא מה"ת וכתבנו לעיל דקושי' זו דחקתו להרמב"ן ז"ל דאמאי לא מדמי לחומרא וא"כ לק"מ על הפר"ח משם — עוד כי שם השער המלך דאדרבה לפי דעת הב"ח היה לו לר"ת להביא ראיה ממכרן יותר מהא דהמלך ולא יכר לכל מ"ש דלא קשה מידי וכמו שכתבתי בכוונת הב"ח ודו"ק, כי הם ברורים כשמש:

אך מ"ש שם בשער המלך דהפר"ח דאוסר לרש"י אפי' אם החליף אחר נעלם ממנו דברי הר"ן נדרים דבהחליף אחר לא מבעי' ליה לרמב"ח עיין לעיל מ"ש דלרש"י ע"כ אבעי' של רמב"ח אהחליף אחר ולא כר"ן דאי בהחליף עצמו מאי קא בעי' הא ודאי אסורין דאל"כ הא אינו דמים לממון א"ו דידע בהחליף עצמו ובהחליף אחר מבעי' אי אמרו חז"ל כל שבאה לו הנאה מגוף א"ה עצמו או לא אמרו אלא משום קנסא וע"ש:

דין ד.

חלופי חלופין למחליף.

הנה כבר נתבאר דרש"י ז"ל סובר אפי' חלופי חלופין אסורים ולא התירו אלא בשפחה והרא"ש כי בקדושין על חילוק זה דלא הי' צריך לזה דלפי המסקנא דשם מותר בכל הנאה בדיעבד ע"ש ולכאורה לע"ג דהא רש"י הולך לזה משום הראי' שלו דאל"כ אינו דמים לממון בשפחה ומכח הוכחה זו עצמה אוסר רש"י אפי' בחלופי חלופין. — ונראה בכוונתו ז"ל שהולך לשיטתו הוא שם קודם לזה דרש"י דקדק דחלופין אסורין מספק אבעי' דרמב"ח ועי"ז סבבו דבריו וכאילו אומר דאי משם יצא לו לרש"י וא"כ לא הי' הוכחה מהא דאינו דמים הוכחה גמורה לא הי' צריך לחלק כן. — אבל כבר כתבתי שזה תמוה לו' כן שיצא לו לרש"י מאבעי' זו דאדרבה לקולא ס"ל לספק דהוי בדרבנן ועי' לעיל. — ועי' לקמן דין ז' מ"ש שם בדעת רש"י ז"ל דבר נכון מאד ע"ש והמצא נחת.

ולענין חלופי חלופין בכלל כשאמר פי' אילו עלי כי הריטב"א דאסורים עד עולם וכן הביא הט"ז יו"ד בשם הרא"ש ובנקה"כ כי שהוא טעות והנה הריטב"א הא כן כתב בפי' וגם גדולי גדולין אפי' בדבר שזרעו כלה ומפרש לה לה"א דמחלק במתני' בין זרעו כלה לאין זרעו כלה אסיפא דמתני' שאינו אסור בהנאה. — ובר"ן שם פי' דקאי גם אסיפא דאף דאסורי בהנאה מ"מ גדולי גדולין מתירים דהוי כחלופי חלופין ומותרין כדמוכח ממכרן וקידש בדמיהן. — ולכאורה דברי הר"ן לע"ג דבשלמא במכרן דמיירי בשאר א"ה דכל החלופין אינם אלא מדרבנן והם לא אסרו חלופי חלופין אבל בכלל ואומר פי' אילו עלי אסורין החלופין מה"ת דעשאן כהקדש א"כ אפשר דאפי' חלופי חלופין אסורים ואף שהי' סובר הר"ן מצד הסברא להתיר מ"מ אין ראיה ממכרן וקידש:

ונראה דהר"ן סובר כשאמר אילו עשה אותם כהקדש ובהקדש ליכא איסור אלא בחלופין כאסורים דהא דאסור בהקדש גם שניים

היינו שהם חמיר כאשוכי' דהא הקדוש' של הקדש הלך ונתפס על החלופין וא"כ היו החלופין הקדש עצמו וכיון שאסר ע"ע פי' אינו כהקדש ממילא דרק חלופין הראשונים אסורים דאם נאסר גם השניים הוי יותר חמור מהקדש דהא בנדר אין הא' נתפס על השני ונפקע מראשון והוי השני חלופי חלופין וזה לא מצינו בהקדש וזהו סברא ברורה והראיה שהביא הר"ן ה"מ דהא מצינו דחז"ל אסרו חלופי א"ה ומ"מ חלופי חלופין מותרין וה"ע לדעת הר"ן משום שהם לא אסרו אלא חלופי א"ה עצמו אבל חלופי שניים שהם לא הוי חלופי של א"ה אלא חלופי של חלופיו וא"כ אף שאסרו חז"ל החלופין של א"ה מ"מ לא עשאו את החלופין כא"ה עצמו שזה א"א אלא בהקדש שהאיסור נתפס בחלופיו והוי כראשון ונכנס תחתיו ונעשה הקדש עצמו. — וא"כ כן נמי כשאסר פי' אינו ושוויהו איהו כהקדש מ"מ לא מצינו לאסור לו חלופי שניים דלא הוי חלופי הראשון אלא של השני ומש"ה מותר וזה נכון:

דין ה.

א"ה אי יש להם בעלים או אין להם ומאי נ"מ לדינא.

ואי יש בעלים לא"ה פליגי בה הראשונים הריב"ש סובר דיש להם זכייה והוי שלו ומביא ראיה מהא דע"ז דלמא מגבה לה והוי ע"ז של ישראל וכן כ' הריטב"א בסוכה דאתרוג של ערלה הוי לכם ע"ש והרשב"א בתשו' תשכ"ב ותר"ב וכן כ' בנדרים דאין לה בעלים ולא מקרי לכם ע"ש:

והנה לעיל הבאתי הנהו שי' הסוברים כי"א עיקר כאיסוס מהא דמכרן וקידש אמאי מקודש' ורש"י סובר כדעת הר"ן שא"צ להיות הכסף משלו והר"ן מביא ראיה מגזל אחר יאוש דמקודשת וא"כ הא יאוש לא קנה ליה לגזלן ואמאי מקודשת אלא ודאי שא"צ להיות משלו אלא כל שבאה לה הנאה ממתנו מקודשת והיא עכ"פ קנתה המעות בגזל אחר יאוש דהא הוי לגבה שנוי רשות. — וקשה לי לפ"ז מאי ראיה מביא מגזל אחר יאוש לאיסור הנאה וחלופין דאסורים לו הא יש כאן חילוק גדול דבגזל אחר יאוש עכ"פ קנתה האשה שפיר דהוי גבה יאוש וש"ר אבל א"ה שאסורים לו הא אין זה ברשותו להקנותם לה כמו שאינו יכול להקדיש ולהפקיר וא"כ הא אף שאותה פרוטה מותרת לה מ"מ הא לא קנתה אותה כיון דליכא דעת מקנה וכל שלא קנתה ודאי דאינה מקודשת. בשלמא לשי' הסוברים א"ה הוי הפקר וא"צ בעלים כלל א"ש דהאשה היא זוכה פרוטה זו מהפקר ועכ"פ באה לה הנאה זו ממתנו שהרי הוא נתנה לה אבל לשי' הסוברים יש לא"ה בעלים והר"ן גופיה סובר כן בנדרים דף מ"ז ע"ש וא"כ צ"ל בהכרח דלדידהו אף דיש לה בעלים והוי לכם מ"מ אין בעליו יכול להקנותה דהא אינה ברשותו והאשה עצמה לא תוכל לקנות כיון שהם של בעלים וצריך דעת מקנה וליכא. — והנה סברא זו מעצמי אמרתי ואח"כ מצאתיה בקה"ח סי' ת"ו סק"ב שכ' כן דאף דיש להן בעלים לאותן שיעור' מ"מ לא מצי לאפקריה וממילא שגם להקנותם אינו יכול דמ"ש. — ואשר ע"כ צ"ל דרש"י ז"ל וסייעתו הסוברי' דאף שאסורים לו החלופין מ"מ מקודשת הם סוברים ע"כ א"ה אין לה בעלים והוי הפקר ומש"ה מקודשת שפיר דלא צריך דעת מקנה. — ואלא קשה הא הר"ן נמי סובר כן דמקודשת בא"ה האסור לו ולומד כן מגזל אחר יאוש והוא ז"ל הא סובר בנדרים מ"ז דהוי שלו ומורישו לבניו או לאחיו וכן בע"ח באין ונפרעין ממנו וא"כ סובר א"ה יש לו בעלים. — והא ל"ק דכיון דיש לו בעלים הא צריך הקנאה ואיך מורישו ואיך גובה הבע"ח לק"מ דירושה הא ממילא קנו היורשין ולא צריך הקנאה וכן הבע"ח בא בע"כ ונוטל וא"צ לשום הקנאה ועכ"פ מוכח משם דהר"ן סובר דהוי שלו ואין בה דין הפקר ואין אחר יכול לזכות בה. ונ"ק נמי הא הר"ן גופא סובר לקמן פ"ה שאם אסר על עצמו ככרו יכול אחר לזכות בהם וא"כ אין לא"ה בעלים לק"מ כדמפרש לה הר"ן גופה שם דהטעם שהוא עצמו אסרם עליו הרי הפקירם הוא עצמו משא"כ הא דלעיל דף מ"ז שלא הוא אסרם עליו אלא אחר ולא הפקירם הוא אלא מלך שהם אסורים עליו יהיו הפקר והוא סובר כל א"ה יש לה בעלים ולא נפקע שם בעלים והוי שלו לירש ולנושים. — גם הא דכי הריב"ש דיש לא"ה זכיה כדמוכח לה מהא דע"ז נמי ל"ק על סברא שלי דוודאי אם הא"ה מונח בר"ה והוי הפקר יכול המוצא לזכות בה לדידיה דכל א"ה יש להם בעלים וזכיה ועיי' מ"א סי' תקפ"ו סק"ה בשם הב"ח ורש"י פי' בע"ז דמיירי בהפקר ע"ש היטב ומ"מ אפי' בשל נכרי מיירי מ"מ הא הנכרי מקנה אותה לישראל ושפיר קנה דאיכא דעת מקנה אבל בהא דמקדש בחלופין כיון דסובר הר"ן יש לה בעלים א"כ צריך הקנאה ואיך תוכל האשה לקנותה וזה לע"ג. — דאין לומר כלל שיהי' הא"ה שלו ומקרי לכם ושיהי' אחר יכול לתפסו ממנו בלי שום הקנאה דזה הוי תרתי דסתרי דאי אחר יכול ליטלו ממנו בע"כ א"כ לא הוי לכם:

ונלע"ד תרה קושי' זו דהר"ן סובר דא"ה אין להם בעלים והוי הפקר ומש"ה מקודשת כמ"ש לעיל והא דסובר בהא דמדיר בנו מנכסיו בחיים ובמות דמ"מ שלו הוי התם שאני דהאב לא אסרם אלא עליו בהנאה אבל שייך לו כח להורישם ליורשיו ויש לו לאב כח לעשות כן דהכי אמרי' לקמן גבי בר בריה לורבא מדרבנן דמהני קני ע"מ להקנות דהיינו אף שאסרם עליו מ"מ אם אמר שיהי' יכול להקנותם לבר בריה מהני לר"כ ואף דר"א פליג עליו היינו דהתם מיירי שהי' לו תרי בני חד דמעלי וחד לא מעלי והאב דחה אותו דלא מעלי לגמרי וכמ"ש הר"ן שם וא"כ לא הוי רק קני ע"מ להקנות אבל כאן דהבן הוא היורש אמרי' דלא נתכוין האב שלא להורישו אלא שיהיו אסורים עליו אבל אותו כח שיהיו הנכסים מ"מ שלו נשאר לו מכח האב דלאב היו מותרים ושלו והוא שייך לו כמו בהם שיהי' הבן בעל הנכסים ומש"ה הוי שלו אבל בכל א"ה שלא מחמת נדר מודה הר"ן שאין לו בעלים כלל. — ואמת שכן משמע בר"ן פ' כל הצלמים דסובר א"ה אין לה בעלים שכ' שם דהא דאם מגבה הישראל ע"ז הוי של ישראל ולא מהני ביטול משום שיכולה להתבטל ע"י גוי מצי זכי בה ע"ש היטב:

והנה אמת דמלשון הר"ן נראה דא"א לזכות בא"ה אם לא בע"ז כיון שעד שהייתה ביד גוי היתה יכולה להתבטל וכן פירשו האחרוני' דברי הר"ן והוא דחיק מאוד לענ"ד דמה סברא יש בזה דעד שהיתה של גוי הי' מהני ביטול הא מ"מ כל שלא נתבטלה הו"ז א"ה ומיד שבאה ליד ישראל הא תו אין לה ביטול ומה דין ממון יש כאן וכן מ"ש מחמץ בפסח ע"כ צ"ל סברא אחרת משום שאם ישאר ביד נכרי יהי' מותר אח"פ ועוד דבריב"ש סי' ת"א נזכרה סברא ובאי' זו דיש זכיי' בא"ה וכמו שהביא הקה"ח סי' ת"ו ושם לא נאמרה סברא וטעם זה כלל והריב"ש הי' תלמיד של הר"ן ואדרבה נראה דא"ה יש להם בעלים וכמ"ש הקה"ח בשמו ושם בהא שנסתפק בה הקה"ח בסברא זו לא שייכא כלל סברת הר"ן ע"ש. — ונראה זה מדה שמצאתי בריטב"א על דבר זה מה שלא ראו האחרונים כלל והיא דהוא ז"ל כתב בע"ז שם דף מ"ב ד"ה גזירה בזה"ל פי' דאע"ג דכי מגבה לה איסורי הנאה היתה ישראל זוכה בא"ה לשמנה שלו להוסיף בהם איסור ומכאן לישראל הזוכה בחמץ בפסח שהוא אסור לאחר הפסח כדין חמץ גמור שהיתה לו קודם הפסח שעבר עליו הפסח עכ"ל וכן כ' עוד בר"ה דף כ"ח ד"ה אר"י שופר, שם בדף השני כ' והאי שופר של גוי שהוא ביד ישראל לא שזכה בו מן ההפקר כו' שאדם זוכה בא"ה להוסיף בהם איסור כדפרי' בע"ז עכ"ל וזהו סברא חדשה דאף דאין בה דין ממון כלל מ"מ יכול לזכות בו כדי להוסיף בו איסור מה שלא הי' בו קודם שהי' של ישראל וכמו בע"ז דעד שהיתה של גוי הי' בה היתר ביטול ועתה שהתי' של ישראל נתוסף בה איסור של ביטול וכן בחמץ דעד שהי' של נכרי הי' בו היתר אחר פסח ועתה נתוסף בו אי' לאחר פסח ויכול הישראל לזכות בו לענין זה מה"ת שיהי' שלו כדי להוסיף בה איסור ובלתי ספק אלולי שבזה נתכוון גם הר"ן שהי' תלמידו וה"פ בר"ן כיון שהיתה יכולה להתבטל ביד נכרי ועתה אין לה ביטול וא"כ נתוסף בה איסור ולזה שפיר מהני הזכיה ומכאן לחמץ כו' דהרואה יראה שזה לשון של הריטב"א ואף שהלשון של הר"ן אינו ממש כלשונו ז"ל. — ואמנם להסביר סברת הריטב"א על בוריה נראה שהוא הולך לשיטתו שסובר בסוכה דא"ה הוי לכם ויוצא בו ויש להם בעלים ומעולם לא הבנתי מה זה בעלים בדבר א"ה שאין בו דין ממון כלל ומי שגזלה אינו חייב לשלם כלום דהא אין לה שום שויה של ממון, ואמנם עתה האיר הריטב"א הזה ז"ל עיני בזה והיא דבכל חפץ של אדם יש לו בו שני קנינים קנין ממון וקנין איסור קנין ממון דהי' ממון שלו וקנין אי' דהוי שלו לענין איסור או לענין מצוה ובא"ה אף שלענין ממון אינו שלו ואין בו שום דין ממון מ"מ קנין איסור יש לו בו ומש"ה הוי לכם למצוה דהא יש לו בו קנין איסור וקנין מצוה וממילא שיכול אדם לזכות בו דאף שאין בה דין ממון מ"מ הוא זוכה בה לענין איסור וקנין של איסור הוא זוכה וזהו שכ' כאן הריטב"א שיכול לזכות כדי להוסיף איסור היינו שהוא זוכה בו וקונה אותו לקנין איסור ונעשה שלו להוסיף איסורא, וממילא מי שגזלה אתרוג של ערלה וזכה בו הי' יכול לצאת בו מטעם לכם דאף שאין בו דין ממון מ"מ קנה בו אותו קנין שהוא למצוה או לאיסור אלא שאינו יוצא בו מטעם המבואר בגמ' וכמ"ש הריטב"א שם. — ולי תקשי היכן מצינו שיהי' יכול לזכות בו לקנין איסור אף שאין בו ממון כלל י"ל דמצינו כיוצא בזה בעבד כנעני שיש לו לרבו בו שני קנינים ממון ואיסור כמבואר שם בגיטין וסובר באמת אמימר שמפקיר עבדו ומת אותו עבד אין לו תקנה משום שאין לו בו דין ממון רק קנין איסור ולא מצי להוריש אותו קנין ורבינא חולק עליו שם ואכן קיי"ל כרבינא ויכול להוריש קנין איסור אף בלא קנין ממון דהיינו שאין בו דין ממון כלל אלא שהי' אפשר לומר דוקא בירושה דאתי ממילא אבל למכור אותו קנין איסור אינו יכול אבל מדאיתא שם בתוס' דף מ"ב ע"א ד"ה יום של רבו כו' שכ' וז"ל וקצת תימא כיון דלפי מסקנא אמרינן מעשה ידיו שלו מאי הרווחת לעיל הא' גברא דאקניים לבני קטן כו' ואינו יכול להקנותו לבנו קטן אלא מה שיש לעצמו בו אבל טפי לא עכ"ל וקשה למה לא הקשו התוס' קו' יותר פשיטא דמה מועיל לו אותו קנין כלל כיון דמעשה ידיו של עבד ואין לו בו קנין ממון כלל אלא קנין איסור א"כ מה מקנה בו ואין של ע"ז קנין א"ו מוכח דתוס' סוברים דאף בדבר שאין לו בו אלא קנין איסור יכול למכור אותו קנין ותיתי לי שאחר שדקדקתי כן מצאתי בפירוש להגאון

להגאון מהרי״ט אלגאזי בספר שמחת יו״ט שלו סי׳ ל״ג דף קכ״ח שדקדק כן מתוס׳ הללו והביא שם בשם תשו׳ פ״מ שסובר דאיסורא לא מצי מקנים לאחרים ותמה עליו מתוס׳ הללו וע״ש שכ׳ שכן סובר הרשב״א שם ולפי דעתי זהו שאמרו א״ה יש להם בעלים היינו לקנין איסור שבו שהי׳ יכול למכרו לקנין זה אלא שאסרה התורה למכור וליהנות אבל מי שמצא אותו יש בו זכי׳ וקנין לענין זה שיוסיף בגיה איסור או למלוה שזכה בו באותו קנין של איסור והוי שלו לקנין זה אף שאין בו דין ממון כלל זהו הנלענ״ד ברור בדעת הריטב״א והר״ן והריב״ש ז״ל:

והנה מצאתי בפמ״ג לאו״ח סי׳ תמ״ג שכ׳ מי שמכר חמצו בפסח והנכרי משכו לביתו אינו עובר אח״כ בב״י וב״י וכ׳ דהא שאינו יכול להפקיר היינו כשאין ידים זוכות אבל כשיש קונה ומקנה וידים זוכות מהני והביא ראיה מהא דהכנו הסוברים א״ה הוי הפקר ע״ש ולפי דעתו ז״ל משום דמקרי הפקר יש כאן קונה ומקנה ולענ״ד נהפוך הוא דנגרע משום דהוי הפקר דמ״מ אין כאן מקנה דלענין הקנאה אין כאן דעת מקנה דהא אין ברשותו להפקירה ולהקנותה. — ועוד מביא שם ראיה מהא דמשך הנכרי הו״ל תחילה דהמעות מותרים ולכאו׳ זו ראיה גדולה דאי לא קנה הנכרי א״כ אמאי מותרים המעות הא הו״ל בכ״מ שהוא ברשות ישראל הוא אבל לענ״ד ע״כ צ״ל דהתוס׳ שסוברים כן הם סוברים א״ה אין לו בעלים והוי הפקר וא״כ הנכרי זכה שפיר בזה מן ההפקר והוי שלו ואח״כ נתן המעות ומש״ה מותרים אבל לפי׳ הסוברים יש לא״ה בעלים לא יתכן היתר זה דלמאן דיש לו בעלים א״א שיקנה הנכרי בלא דעת מקנה והוי הו״ל של ישראל בכ״מ שהוא כן נראה לי. שוב מצאתי בכו״פ מהדו״ת או״ח סי׳ ב׳ שכ׳ ג״כ דינו של הפמ״ג אלא שהוא ז״ל כ׳ כן בפי׳ דהנכרי זוכה מן ההפקר וא״כ סובר כפי׳ הסוברים א״ה אין לו בעלים ומשמע מדבריו דאי יש להם בעלים באופן דלא הוי הפקר לא קנה הנכרי ועובר. — אחר כותבי מצאתי בתשו׳ ח״ס ז״ל סי׳ ק״י שכ׳ דאף שמכר ומשך הנכרי מ״מ עובר הישראל דאין מכירה זו כלום, ותו כ׳ הגאון ז״ל בתשו׳ קי״ד שאם משך הנכרי בפסח מהני מכירה שלו לענין דהוי של הנכרי אלא דהישראל מ״מ עובר דהתורה עשאו לענין זה כאילו הוא שלו כדי לעבור עד שיעבירנו מן העולם. והנה כאן סובר בפלוגתא כהפמ״ג שהנכרי זוכה בו והוי שלו והביא ראיה מהא דהר״ן דהמקדש בחלופין שאסורים לו מ״מ מקודשת ומוכח שהאשה קנתה וכמו שכתבנו לעיל. — אמנם קשה לי דלפי״ז היכן מצינו שהישראל מ״מ עובר הא אף שגזה״כ דאף שאינו ברשותו עשאו הכ׳ כאילו ברשותו לחייב עליו מ״מ הא גופה חדוש הוא שחדשה התורה וא״כ אדרבה נאמר בו אין לך בו אלא חדושו דבגי שיהי׳ חייב אם לא זכה בו הנכרי והוי שלו אלא שאינו ברשותו משום שאסור לו בהנאה ומ״מ אמרה התורה דמה שאסור לו מצד הי׳ חמץ ואינו ברשותו משום שא״ה של חמץ גורם לו לא מהני לו להצילו מב״י וב״י אבל אם משכו הנכרי וקנהו לדעתו של הח״ס ז״ל מכ״ל להגדיל החידוש יותר ולומר דאפי׳ הוא של נכרי מ״מ עובר הא אין זה מוכח מן התורה ואדרבה התורה לא אמרה אלא שלך ומכ״ל לפרש דוקא אינו שלך קודם פסח אינו עובר אבל אינו שלך תוך פסח עובר יותר יש לנו למעט בחידושו ולומר דשלך עובר אף שמצד חמץ אינו שלך אבל אם אינו שלו לגמרי לא וזה לענ״ד. — עוד קשה מאוד הא הוא ז״ל סותר א״ע דבתשו׳ ק״י שהבאתי אומר בפי׳ דלא מהני מכירתו כלל אף אם משך הנכרי משום שאינו ברשותו להקנותה ואם כן מה זה שחזר בו בתשו׳ קי״ד שהיא מאוחרת יותר מאותה שבסי׳ קי״ד כמה שנים, ולדידא ודאי דעובר עליו אם מהטעם שכ׳ באותה שבסי׳ קי״ד או ממ״ש בסי׳ ק״י וא״כ הדין אמת. — אמנם נראה לתרץ דבריו ז״ל דהנה מ״ש בתשו׳ קי״ד תלי׳ בהנהו שני שיטות דלפי׳ הסוברים א״ה אין לו בעלים והוי אינו שלו לגמרי הוי הפי׳ בהא דאר״א שני דברים אינם ברשותו ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו דאינו שלו לגמרי דהא ע״י שאסור לו בהנאה אינו שלו ממש ונקיט ר״א אינו ברשותו אבל באמת אינו שלו וכן פרש״י ז״ל. וא״כ לפי״ז ודאי שסברת הגאון ח״ס ז״ל אמיתית דאפי׳ אם משכו הנכרי ונעשה שלו מ״מ עובר דהא כשהוא בביתו של ישראל נמי אינו שלו ממש והוי הפקר ומ״מ גזרה התורה לעבור עליו ומה יתן ומה יוסף בהא דמשך הנכרי הא קודם לכן נמי אינו שלו ממש ומ״מ לא מהני אלא ביעור מן העולם כל שנשאר בפסח. — אבל למאן דסובר א״ה יש לו בעלים והוי שלו וא״כ הא דאר״א פי׳ כפשוטה דרק אינו ברשותו אבל שלו הא הוי וא״כ לא מוכח מהגזה״כ אלא שאם אינו ברשותו מ״מ חייב עליו ואפשר לומר דמשום דעכ״פ עדיין שלו מש״ה חייב אבל אם משכו הנכרי דנעשה אינו שלו לגמרי אפשר דאינו עובר. — אלא דמ״מ לדידא אף לשיטה זו עובר דהא לשי׳ זו דא״ה יש לו בעלים וצריך הקנאה ולא קנהו הנכרי והוי עדיין שלו — והשתא ממנ״פ עובר לכל הדיעות דלהשיטה דא״ה אין לה בעלים אף דקנה הנכרי והוי אינו שלו מ״מ הא לשיטה זו הי׳ קודם לכן נמי אינו שלו והתורה גזרה אף באינו שלו וא״כ לא מהני כלום מה שמשך הנכרי דהוי עוד אינו שלו׳ ולשי׳ דא״ה יש לה בעלים דהי׳ אפשר לפטרו במה שנעשה אינו שלו לגמרי דקודם שמשכו הנכרי הוי שלו אלא דלשי׳ זו א״א לפטרו מ״מ דהא עדיין שלו הוי דלא קנה הנכרי — ומעתה לק״מ דהח״ס ז״ל מסתפק ליה בשיטות הללו אמנם כיון דלדידא מ״מ עובר ולכך נקיט בחדא בהא דבסי׳ קי״ד נקיט לה לההך הסוברים א״ה אין לה בעלים ולכך אמר דמ״מ חייב אף משכה הנכרי דהא קודם לכן נמי אינו שלו וא״כ לא הוסיף כלום וצריך ביעור דוקא וא״כ בתשו׳ ק״י שמאוחרת רצה לבאר דינו גם לשיטת הסוברים א״ה יש לו בעלים דאז מ״מ עובר משום דלא קנה הנכרי וכמ״ש שם וזה נכון מאוד עכ״פ לדידא אמת:

והנה בפר״ח סי׳ תל״א הניח בצ״ע לאותן הסוברים א״ה הוי לכם קשה הא דאר״א שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכ׳ כאילו הם ברשותו ומאי רבותיה הא מן הדין הוי לכם ושפיר עובר. ולענ״ד נראה ליישב שהם סוברים ביטול משום הפקר הוי וכל הפקר הוי משום נדר וכ׳ הקה״ח ז״ל דלפי״ז לא הוי אלא אינו ברשותו דאסור לחזור בו משום אי׳ נדר ועדיין שלו, ועי״ז מקשה ר״א הא קרא אמר לא יראה לך בעל בלבך והני וא״כ ע״כ צ״ל דגבי קרא דשלך דגבי חמץ צריך להיות שלך לגמרי דהיינו שלך וברשותך ואז אתה עובר דאין לומר דשלך הוי כמו לכם דאתרוג דהוי לכם אפי׳ בא״ה דא״כ מאי מהני ביטול הא מ״מ שלך הוי א״ו דשלך צריך להיות שלך וברשותך וא״כ שפיר הקשה ר״א הא בלאו הביטול ג״כ אינו ברשותו מצד א״ה של החמץ ואמאי עובר וזהו חידושו דמה שהוא אינו ברשותו מצד החמץ עצמו לא מהני ומה שעושה אינו ברשותו מצד הפקר מהני ודו״ק ועי׳ קה״ח שם — ועיין רש״י שפי׳ הא דר״א שאינו שלו וזהו כמ״ש לעיל דרש״י ז״ל ע״כ סובר א״ה אין לו בעלים. — ועי׳ בכלל י״ב דין ג׳ בדברינו שנדחו דברי הגאון קה״ח ז״ל בזה שאמר דהפקר לא הוי אלא אינו ברשותו: —

ואגב ראיתי לכתוב כאן מה שמצאתי בספר שמחת יו״ט להגאון מהרי״ט אלגאזי ז״ל דף ק״ן שכתב בשם הרדב״ז בטעמא דהנך פוסקים הסוברים שאם קידש בגזל אחר יאוש או בחלופי א״ה שאסורים לו דמקודשת משום שאין הכסף צריך משלו וכתב הרדב״ז בטעם הדבר משום דין של עבד כנעני וכדאמר רבא באומר הא לך מנה ותהא מקודשת לפלוני דמהני מדין ע״ב אף שלא חסרו ממון וכן כאן אף שהוא לא חסר מידי משלו מ״מ מקודשת ע״ש דלכאורה טעמא רבה הוא ול״ע על שאר הפוסקים שחולקים ע״ז וכולם מודים בהא דרבא דמהני דין ע״ב בהאשה ומ״מ סוברים כאן דלא מהני גזל אחר יאוש אלא מטעם שכ׳ הרשב״א והה״מ משום שבשהאשה קנאה גם הוא קנה וכן בחלופין א״ה לא היתה מקודשת אם הי׳ אסורים לו והוכיחו מכח זה דחלופי א״ה מותרים למחליף וטעמא בעי — ואמנם אחר העיון מצאתי שצדקו דברי הראשונים ז״ל דאין למילף דין זה מדין ע״ב דהקבלה כותנת דאף שא״צ להיות מעוכא של זה שמקדש ויכול אחר ליתן הכסף בשבילו מ״מ צריך שיהיה לממון זה נותן אחד עכ״פ ושיהי׳ הכסף של הנותן שיהי׳ יכול להתנות בממון זה מה שירצה שאם יאמר לה הא לך מנה ע״מ שתהי׳ מקודשת ואם לא תהי׳ מקודשת תחזירם לו וכה״ג מקרי נותן וזה מהני גם אם נותן אחר דעכ״פ איכא כאן נותן אחד שהמעות שלו משא״כ בגזל אחר יאוש או בא״ה שאין כאן שום נותן דאין לכסף זה שום בעלים לא מהני כלום דאין הנותן זה מקרי נותן כלל אלא הוא גורם שיבואו לה אבל אינו בגדר נותן וגם אם האשה תקבל הפרוטה ע״מ שתהי׳ מקודשת תוכל לומר לו מיד אחר הקבלה הטעתיך איני מקודשת לך ואינו מחזיר לך המעות שאחר שהם בידה היא זכתה בהם מדין הפקר וכמו המציל מן הנהר אחר יאוש דהוי שלו והוי שנוי רשות אף בע״כ של גזלן ול״צ לכוון אלא ידיעתו וכמ״ש במח״א וכה״ג לא מהני מדין ע״ב ולא דמי כלל להם דהם איכא עכ״פ נותן שהמעות שלו וכן הוא הקבלה, וגם אם באנו לדמות לכסף שדה עפרון אין לה דמיון דשם הא הכסף משלו, בשלמא דין ע״ב שפיר דמי דכל שנותן אחר בשבילו הוי כאילו הוא עצמו הי׳ נותן דהא הוא גרם הנתינה ועכ״פ איכא נתינה אבל כאן ליכא שום נתינה כלל אלא היא זכתה בהם לבדה בלי שום נתינה, וע״כ צריך לומר כסברת הר״ן דלא צריך כלל שיהיו המעות משלו אלא שיהיה הנאה זו באה לה מחמתו אבל לשאר ראשונים שצריך משלו לא מהני דין ע״ב אף דמהני בשאחר נותן וכמ״ש ואין להקשות לדידי א״כ למה הוצרך רבא שם לדין ע״ב להר״ן הא א״צ כלל שיהיו המעות משלו לק״מ דמדין דכאן ג״כ לא נוכל למילף להם די״ל הא דמהני כאן היינו משום דעכ״פ הוא נותן לה פרוטה זו בעצמו משא״כ שם דלא נתן לה הוא כלום ודו״ק:

והנה לכאורה יש להקשות אהא דסובר הר״ן והרשב״א בדעת רש״י ז״ל דמש״ה מקודשת במקדש בחלופי א״ה וכן בגזל אחר יאוש משום דא״צ שיהי׳ דמים של בעל וקשה מהא דאמרי׳ בב״ק דף ע׳ ע״ב באומר לו עקוץ תאנה מתאנתי ותיקנו לי בגינותיך ופריך וכיון דכי תבע ליה קמן בדינא ל״א ליה זיל שלים דמחייב בנכסיה מכירה נמי לאו מכירה הוא, והשתא בהא דחלופי א״ה נמי קשה כיון דכי תבע לה בדינא לא אמרי׳ לה זיל שלים דהא גבי דבעל לא שוה מידי וא״כ כמו שאם קנה בהו לא הוי מכירה כדמוכח מהא דב״ק כן נמי אשה אמאי מקודשת וכן נמי בגזל אחר יאוש כי תבע לה בדינא לא צריכא לשלם לו דהא קנתה

אחר יאוש ולאו שלו הוי וא"כ כיון דא"ל לשלם לו בדינא לאו מכירה ולאו קידושין נינהו וזהו לע"ע דהם מסיק רבא דעכו"ם לצאת י"ש חייב ומש"ה הוי מכירה אבל כאן ליכא לצאת י"ש — והי' נראה בזה ראי' לשיטת הר"מ ז"ל דלא הביא לענין ממוכר הדין של ע"כ וכ' הר"ן לשיטתו שסובר דדוקא באשה אמרי' כן דגמרינן לה לה מעבד אבל בממון לא וא"כ לפ"ז באשה א"ל להיות המעות שלו רק שיגיע לידה מחמתו ובגמרתו משא"כ בממון, ולפ"ז כן אם אמר לאשה עקוץ תאנה מתאנתו לקידושין בשבת הי' מהני אף בלא דברי רבא דלצאת י"ש חייב — עוד קשה לי אהא דאתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו והוכיח רבא דלצאת י"ש חייב וקשה הא אסרה תורה אפי' אתנן זונה נכריות וא"כ הא אי תבעה ליה בדינא אין חייב לשלם לה דהא הוי הפקעת הלוואתו דמותר בנכרי לכ"ע דאין לומר דהוי כגזל בעין דאסור למ"ד דהא אי הוי בעין א"כ מאי קושי' מבא על אמו הא לא אמרי' ק"ל בדרבה מיניה אלא לפטור כשאינו בעין אבל בעין לא קנה וא"כ ע"כ דחשבינן לביאה אינה בעין ולא הוי רק חיוב מעות עליו וא"כ קשה מזונה נכרית וצע"ג:

דין ו.

אם משך הנכרי קודם ואח"כ נתן מעות.

ולענין אם מכר יי"נ בהקפה ומשך הנכרי ואח"כ נתן המעות כ' התוס' בע"ז דמותרין ואין זה דמי יי"נ שנתפסין בא"י והביאו ראיה מאתנן דבא ואח"כ נתן מותר וכן כ' הרא"ש אלא שכ' דמ"מ למוכר עצמו אסורין כדאמרי' מכרן וקידש בדמיהן דוקא בדיעבד, ולפ"ז לרש"י וסייעתו דחלופי א"ה אסורין למחליף גם בכה"ג אסור וכן הסברא אי משום קנסא דעביד איסורא אי משום גזירה איכא ועיין ש"ך קכ"ג, ובמ"א תמ"ג בסוף כ' דבחמץ כה"ג כ"ע מודי ואף להב"ח ע"כ — ולענ"ד מוכח מדברי הרא"ש דאפי' בשאר א"ה הדין כן דלמוכר אסור דהא הביא ממכרן וקידש והם בערלה איירי ונקיט וקידש דעבד ומשמע בכל ענין אסור לכתחילה: והנה הרמב"ן הקשה על התוס' דהא מ"מ דמי ע"ז הם אלו וא"כ מצינו דמים לע"ז ותמה הר"ן וז"ל והא ודאי ל"ק לי דאם איתא תקשה ליה במכרן וקידש בדמיהן דקיי"ל מקודשת מצינו דמים לא"ה ותנן האוכל תרומת חמץ כו' א"ו ה"ט דאע"ג דדיעבד שרי לכתחילה מיהו אסור וה"נ דכוותיה עכ"ל — והנה הרמב"ן ז"ל הוא עצמו סובר כהי"א שהתירו חלופי א"ה למחליף ולא חש לקושית רש"י דא"כ מצינו דמים וא"כ ודאי יגדל התימא עליו ז"ל שהקשה כן על התוס':

הן אמת דהרמב"ן ז"ל לא דחה קושית רש"י על הי"א כמו שדחה התוס' דמשום דאסור למכור לכתחילה מש"ה פטור הגזלן אף דהדמים מותרים דלא הי' סובר זאת לדחיה דאפשר דאף דאסור לכתחילה למכור מ"מ כיון שאם עבר ומכר הדמים מותרים הי' צריך הגזלן לשלם — אבל מ"מ הא הוא ז"ל דחה דאף דהדמים מותרים מ"מ פטור משום שאין דמיהן וא"כ סוף סוף גם קושייתו על התוס' לק"מ דאף דמותרים כשמשך הנכרי קודם מ"מ לא מצינו דמים לע"ז שאין דמיהן — והנה אם היה סובר הרמב"ן ז"ל דהתוס' הללו סוברים כרש"י דחלופי א"ה אסורים למוכר ומכח הך קושי' שהקשה רש"י ז"ל דאל"כ מצינו דמים הי' קושייתו נכונה דא"כ אמאי התירו בכה"ג שמשך קודם הא גם עתה תקשה דא"כ מצינו דמים, אבל עדיין קשה היכן ראה הרמב"ן ז"ל שהם סוברים כרש"י כדי שיקשה לשיטתם דילמא סברי כהי"א ול"ק עליהם קו' זו דא"כ מצינו דמים או כמו שדחה הוא ז"ל שאין דמיהן אי כהר"ן דמשום דאסור לכתחי' למכור:

עוד קשה הא כל קושי' הרמב"ן ז"ל ל"ק אלא אם ההיתר של התוס' הי' גם למוכר עצמו וכמ"ש הוא דהא מ"מ דמי ע"ז הם אלו והיינו אלו דוקא אבל אם התוס' לא התירו כן אלא לאחרים דליכא תפיסת דמים אבל למוכר עצמו לא א"כ לק"מ ומנ"ל להרמב"ן דהתוס' התירו גם למוכר עצמו כדי להקשות כן. — והנה הריטב"א ז"ל גם הוא הביא קו' הרמב"ן והרשב"א אלא שהוא הוסיף לה בשם הרשב"א דאי לאו דבי ר' ינאי מדמי לה א"כ אפי' לכתחילה מותר דהא אר"י יאות הן עבדין וא"כ מצינו דמים לע"ז, והכוונה בזה מה שהקשינו דהשתא שפיר רצה הרמב"ן דהתוס' מתירין כן אפי' למוכר עצמו ליטול המעות ואפי' לכתחילה ולכן הקשה — אבל קו' הר"ן ודאי דעדיין קשה דהא אין ללמוד מהא דמדמי להו להתוס' לפי דבריי שהתוס' רוצין להתיר לו למכור כן לכתחילה כמו שמותר לכתחילה להלוות לדבי ר' ינאי דהא א"א לו' כן דהא אסור מה"ת אפי' ליתן במתנה שום א"ה וכש"כ ע"ז וא"כ איך יתירו התוס' למכור ע"ז ויי"נ בהקפה לכתחילה ולא רצה הרשב"א לומר בדעתם אלא שאם מכר מותר לו לכתחילה ליקח אותן המעות אח"כ כמו בהא דבי ינאי וזה ודאי משמע כן מהתוס' דסתמו דבריהם ואמרו שאין זה דמי יי"נ מדבי ר' ינאי אלא דשם מותר לכתחילה אפי' ללוות אבל בא"ה אסור מה"ת למכור ולא הי' להם לפרש כן שהוא פשוט ועוד שהרי כן כתבו בפירוש שאם מכר בדיעבד אבל לכתחילה ודאי חלילה להתיר וא"כ קשה קו' הר"ן ז"ל:

והנה לפי הסברת הר"ן ז"ל בקושי' הרמב"ן הי' קושייתו דא"כ מצינו דמים איתה קושי' שהקשה רש"י ז"ל אי"א דאמאי פטור הגזלן. והי' אפשר לפרש קו' הרמב"ן ז"ל שהי' סובר הרמב"ן דע"כ התוס' אזלי כשיטת רש"י ס"ל ולכך הקשה עליהם לשיטתם תקשה דא"כ מצינו דמים בכה"ג. — והוכחה שלי הוי משום דלכאו' קשה על הראיה שהביאו התוס' לדין שלהם מאתנן קו' עצומה דהא רש"י פי' דמש"ה בא ואח"כ נתן מותר משום דמתנה בעלמא יהיב לה ולפ"ז קשה איך מדמי להו התוס' הא דמכר יי"נ ומשך הנכרי קודם להא דאתנן הא אמר רבא בב"ק דף ע' ובע"ז דף כ"א אתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו ור"ל שהוא מוכיח דע"כ בקלב"מ חייב לצאת י"ש דאל"כ לא הי' הדין נותן שיהיה נתפס באתנן דהא אי תבע ליה בדינא פטור וכן כ' התוס' בתמורה דף כ"ט דאפי' עומד הטלה בעליה לא הי' אתנן אם לא הי' חייב לשלם לה לצאת י"ש עכ"ל. — ולפ"ז הא יש לחלק בשלמא באתנן דהא דאסרה התורה הטלה לאו גזה"כ הוא אלא נתפס מצד הסברא דהא חייב לה והוי דמי הביאה ומש"ה בבא ואח"כ נתן דמתנה בעלמא הוי וכפרש"י מותר משא"כ במכר יי"נ וע"ז דמכר הדין אין דמיהן ואפי' נתן הנכרי המעות מיד או קודם מ"מ רק מתנה הם שאינו שוה ממון כלל וא"כ כל הא שאסרה התורה דמ"מ תופס דמיו אף שאין דמיהן לא הוי אלא גזה"כ וכמ"ש הר"ן ר"פ השוכר וא"כ כיון שגזרה התורה דאפי' הוי מתנה מ"מ כל שנתן לו עבור הע"ז נתפס הוא אין לחלק כלל בין נתן לו מיד לנתן לו אח"כ דאין כאן זה החילוק שכ' רש"י דאח"כ מתנה בעלמא יהיב ליה הא מיד ג"כ מתנה הוי ואפ"ה נתפס וזהו קושי' גדולה לכאו' על ראייתם מאתנן. ואף שיש להם להתוס' ז"ל לחלק כן גם מסברא בין היכא שנתן מיד לנתן אח"כ מ"מ ראיה שלהם מאתנן אינה עולה יפה. ואפשר שזה הי' קשה להרמב"ן ז"ל ומכח זה הוכיח דע"כ תוס' ז"ל בשיטת רש"י ז"ל הולכים דכל דמי א"ה הוי דמיהן ומש"ה נתפס דמי של ע"ז כמו דכן סובר רש"י מדהוכיח דחלופין אסורין מהא דא"כ מצינו דמים ויתחייב הגזלן וא"כ סובר רש"י דהוי דמיהן דאל"כ נדחה ראייתו מגזלן דהא אין דמיהן א"ו סובר דהוי דמיהן וכן סברי התוס' ובזה שפיר הביאו מאתנן דהכי דמי להדדי שגם בע"ז אם לקח נתחייב כמו באתנן וכיון דבאתנן מותר אח"כ כן נמי בע"ז. — וע"ז השיב הרמב"ן דלפ"ז תקשה עליהם דא"כ מצינו דמים בכה"ג שמכר בהקפה ותקשה עליהם קושי' רש"י שהקשה על הי"א ול"ק קושי' הר"ן דאמאי לא הקשה כן אמכרן וקידש דהא הרמב"ן לא ס"ל כן כשיטת רש"י ולא הקשה אלא על התוס' שלפי דעתו הם הולכים בשי' רש"י ורש"י הא באמת כן הקשה על מכרן וקידש בדמיהן ג"כ ומש"ה פי' שם דוקידש בדיעבד מותר ובקידושי אשה אבל לכתחלה לא ומה"ט גופה דאי מותרים החלופין לכתחלה תקשה דא"כ מצינו דמים, והוסיף הרמב"ן ז"ל עתה שאם בהקפה מותר לשיטתו של רש"י א"כ עדיין תקשה עליהם קושי' זו עצמה שהקשה רש"י דא"כ מצינו דמים בכה"ג ודו"ק בזה כי פלפול נאות הוא:

אבל האמת נ"ל בסברת התוס' ז"ל שהם סוברים דגם באתנן לא הוי טעמא דבא ואח"כ נתן משום דהוי מתנה בעלמא דהא לא הוי מתנה דהכי הוא חייב לה כדרבא אלא כן הסברא הוי דלא מקרי התפסה אלא כשבאו הביאה והקנין של הטלה יחדיו ממש דהיינו שהיא קנתה את הטלה בשעת ביאה ממש ואף שלא קנתה בביאה עצמה דהוא מעות מ"מ עכ"פ חצרה קונה לה בשעת ביאה ואף שנתן לה הטלה קודם מ"מ הא ע"מ ביאה נתן לה והטלה הי' בחצירה בשעת ביאה אבל נתן לה אח"כ אף שהוא חייב לה מ"מ לא נאסר דלא הוי חלופין ממש אלא כל שנחלפו בשעת ביאה שהיא נתנה לו הביאה ובאותה רגע קנתה הטלה ולכן שפיר מדמי להו התוס' דבע"ז נמי הכי הוי דכל שלא נתן לו הנכרי דמי היין שיהיו ניקנים לישראל ברגע שמשך הנכרי לא הוי חלופין ולא נתפסו ושפיר מדמי להו התוס' דאף דבאתנן חייב לשלם מ"מ הא בא ואח"כ נתן ג"כ חייב הוא ומ"מ לא מהני וא"כ לא בחיובא תליא מילתא דהתפסה אלא כשנקנה בשעתו וממילא דילפינן ע"ז דליכא שום חיוב מאתנן שהוא חייב כאן וכאן וכמו דמחלקינן שם כן נמי כאן וזה ברור:

וכן נ"ל דמ"ש רש"י ז"ל מתנה בעלמא לא ר"ל דמתנה באמת דהא הוא חייב לה אלא ר"ל דכל שלא נקנה לה הטלה מיד בשעת ביאה א"כ הוי יכול לסלקה בממון או בטלה אחרים ולא נתפס ההוא טלה דחשבינן לה לגבי ההוא טלה כמתנה בעלמא. — ופקחתי עיני וראיתי שכוונתו האמת בדעת רש"י ז"ל שכ' ד"ה וכנגדו וז"ל כי הדר ויהיב לה האי טלה מתנה בעלמא היא עכ"ל והנה תיבת אילו ה א י ט ל ה מיותרים הם דלא ה"ל לכתוב אלא כי הדר יהיב לה מתנה בעלמא היא אלא רצה בזה דאף דבאמת לא הוי מתנה מ"מ לגבי האי טלה מתנה הוי. — וזה הוי חדא עם סברת התוס'. — והנה ראיתי במחצית השקל סי' תמ"ג בסוף שכ' על התוס' וז"ל דדוקא אם נותן לו המעות בשעה שלוקח היין או קודם אסור דהוי דמי יי"נ דלולי שהם' נותן לו היין לא הי' נותן לו שווי מעות אבל אם כו' ובדין א"ל הגוי לשלם לו דהא היי"נ שאסור בהנאה אינו שוה לו ממון והמעות שנתן לו הם מתנה בעלמא ולא דמי יי"נ והוי עכ"ל ודבריו אילו תמיהין מאד דאי הטעם משום שאין דמיהן א"כ מה לי נתן מיד או אח"כ הא מיד נמי מתנה הוי אלא דגזה"כ וא"כ מה חילוק ועיין מל"מ פ"ז מעכו"ם שנסתפק

שנסתפק אם מכר לישראל דהוי מקח טעות וכי דאולי מכל מקום אסור דהא כל מכירה של ע"ז ואין דמיהן ומתנה בעלמא היא ומ"מ אסרה התורה וא"כ אין לחלק וזהו כמ"ש, עוי"ק דאי הטעם כמ"ש המחצית השקל ז"ל א"כ מאי טעם איכא באתנן הא באתנן א"ל כן כמ"ש המשה"ם דהם הא חייב, אלא ודאי נראה כמ"ש בכור ומחצית השקל ז"ל נראה שנקה לו. כן מפרש"י דלעיל אבל לא כן הוא הפי' בדברי רש"י אלא כמ"ש. — והדרן למילתא דלענ"ד לולי דברי הר"ן ז"ל והשגין בהרמב"ן ז"ל דקושייתו היתה קושי' אחת עם מה שהקשה רש"י על ה"א דא"כ אליכו דמים ואמאי פטור הגזלן, ולולי כן נ"ל דהרמב"ן לא הקשה כן דזו ודאי לק"מ לפי דעתם ז"ל אלא הא קשה לו דאם איתא דיש לה דמים א"כ אמאי לא קתני נמי בע"ז מכרה וקידש בדמיה כמו בערלה ואף שזה אפשר לתרץ דלא נקיט אלא הנהו דבכל אופן מכירה מותר לקדש בדמי' אבל הא תני לה בתוספתא קדושין בפ"ה מקדש בע"ז אעפ"י שמכרה וקידש בדמי' אינה מקודשת ואם איתא דיש לה דמים אמאי א"ת בכל אופן הא יש לה דמים כשמשך קודם, והוי כאילו אמר הרמב"ן ז"ל וא"כ אליכו דמים לע"ז ואכן תנן דאין לה דמים כנ"ל. — והנה עכ"פ מוכח גם מהרמב"ן והר"ן ז"ל דלשי' רש"י דחלופי א"ה אסורין למחליף אף בהש"ג שמשך הנכרי קודם אסורים דהא הר"ן לא דחי אלא אמאי לא הקשה כן אמכרן א"ו משום דלכתחילה אסור למכור אין לה דמים והשיר פטור הגזלן ומשמע דלרש"י ז"ל שאינו סובר סברא זו דלכתחילה ומוכיח כנגד ה"א מהא דפטור הגזלן גם בהש"ג ול"ע על המ"א הנ"ל שהבאתי שכ' כ"ע מודי בשאר א"ה דמותר משך קודם לפי' לרש"י ז"ל:

והנה עוד יש לי להקשות על הא דאמר רבא אתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו והוכיח מזה שחייב לשלם לצאת ידי שמים וקשה מנ"ל כן הא ע"ז יוכיח שאינו חייב לשלם דאין דמיהן ומ"מ נתפסו דמיה לאיסור וא"כ כיון שאנו מוצאים בתורה כיוצא בזה שהדמים נתפסין אפילו כשאינו חייב א"כ תו לא מצי למילף דחייב לצאת י"ש ועי' שמ"ק ב"ק שם — ואפשר דאף שמצינו בזה"כ במקום אחר מ"מ כשיש ליישב הגזה"כ במקום אחר כיוצא בו מיישבין:

והנה אבאר עוד מה שהכרי ד' בדין זה — הנה הר"י הקיל ואמר אפי' לא מכרו הנכרי רק אם משך קודם וקנה הדמים מותרים וכ' הר"ן שאלו הסברא נראה כן שאין התפיסה תלוי אלא בשעה שיוצא מרשותו של זה והאסר נכנס תחתיו אלא שהר"ן ז"ל שם מ"מ כדברי רמב"ן הסולק מדאמרי' בגמ' גבי נתן לה ואח"כ בא עליה אם הקריבתו פשיטא דהא ליתא בשעת ביאה כן גרס הר"ן ומשמע דוקא משום דליתא בשעת ביאה ומוכיח כן מדלא מוקי לה שהקריבתו אחר ביאה ע"ש וכ' עוד שכן מוכין דברי רש"י שכ' כיון דהאי שעתא לא הוי הכי בעין ולא אחלופי הכי בהכי ולא חיילה עלייהו קדושת שביעית ע"כ — ולענ"ד הא ודאי דלפי גירסא זו קשה על הר"י אבל לפי דעתי לא הי' לו לר"י גירסא זו אלא מתנה בעלמא יהיב לה וגם לא פי' בה הר"י כמו שפי' הר"ן וכדאיתא ג"כ בתוס' ד"ה אלא דהפשיטות היא משום דהקריבתו וליתא בשעת ביאה: אלא כמו שפרש"י ד"ה קני הכי וז"ל דאע"ג דע"ת ביאה יהבה ניהלה כיון דמקמי ביאה יהבה ניהלה לאו שכר ביאה עכ"ל ור"ל כיון שקנתה הטלה קודם ביאה ואין הטלה קונה את הביאה אלא מחייבה וכדתנן המטלטלין קונין פי' מחייבין את המטבע אין זה חלופי שכר ביאה וזהו ממש כסברת ר"י וכמו שנבאר עוד לקמן וא"כ אדרבה גם מכאן מוכח דינו של הר"י מדלא תני לה במה דליתא והקריבתו אלא אמר פשיטא מתנה בעלמא ופי' ואפי' לא הקריבתו נמי פשיטא והא דלא הביא הר"י ראיה זו היינו משום דלא מוכח דאפשר דנקט' דליתא בשעת ביאה אבל מהא דברייתא דבא עליה ואח"כ נתן דלפי דעתו מוכח משם דאף שהי' הטלה ברשותה בשעת ביאה לא מהני והיינו משום דלא קנתה אותו מיד בשעת ביאה יחדיו וא"כ לפי' ע"כ צ"ל דאין הגירסא דליתא בשעת ביאה אמת דא"כ הוי סתירה לסיפא דברייתא א"ו דגרסינן מתנה בעלמא ומוכח כר"י, גם מ"ש הר"ן ז"ל כן בדעת רש"י דמשום דלתנייהו לפי' שביעית בעולם התיר ר' יוחנן קשה מאד דא"כ קשה למה הוצרך ר' יוחנן ע"ז להביא לו ראיה מאתנן ומסיפא דבא עליה ואח"כ נתן הא פשיטא דכל דליתא בעולם לא חל וכמו דפריך בגמ' על הא דר"א פשיטא דליתא בשעת ביאה וצ"ל לאשמועינן כן נמי קשה על ר"י וזה לע"ג גם לשון רש"י ז"ל יותר נראה לפרשה כיון דהשתי שעתא פי' שיזהו הפי' שביעית לא הוי הכך פי' שמירת בעין ולא נתיחדו לפרוע מהם ההלוואה לא חיילה עלייהו על פי' שמירת קדושת שביעית וכן מורה הלשון הוי הכי כש"י דמשמע מעיקרא וכן לשון עלייהו היינו על הפי' דעסקינן בהו ודו"ק כ"ז בדור בע"ה — וכן נמצא בריטב"א למעיין:

והנה ראיתי בחדושי חת"ס ז"ל שכ' דהא דהתיר ר' אלעזר כשמכרו הנכרי מוכח כן מהא דאמר הקדישתו מהו כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט וממילא מוכח דבמסירה להדיוט פשיטא דמותר. והם דברים תמוהים לענ"ד דממ"נ אי לגירסא דליתא בשעת ביאה א"כ אין היתר אלא דליתא בעולם וכמ"ש הרמב"ן ומש"ה אמר בגמ' דכמאן דאקרובתיה דמי ואי כחת"ס ז"ל י"ל לומר דכמאן דאקרובתיה א"ו דנ"ל אף שצריך ליתא בעולם מ"מ כל שהקדישה כיון דבמסירה להדיוט דמי וכאומר מעכשיו כמו שכ' הר"ן נדרים כ"ט ע"ב ע"ש וא"כ היא עומד מיד להקרבה והוי כמו דאקרובתיה אבל מכירה ודאי דלא מהני דהא איתה בעולם, ואי לגירסא דמתנה בעלמא הוי פי' השבעי' אי כוונתו גם לכך שהקדישתו וכמאן דאקרובתיה והוי מצטרך לה לכלותו מן העולם או כיון דאיתא בעינא ולא נתכוון להקנותה לה אלא כשתצטרך להקריבו מיד ועיין ריטב"א שכן פי':

והנה בש"ע קל"ב סובא דינו של הר"י לפסק הלכה אלא שבפי' קמ"ד לענין ע"ז נראה שהב"י המתיר כר' אלעזר ועיי"ש ט"ז וש"ך. — וראיתי עוד בחת"ס שכ' דדינו של הר"י לא נאמר אלא אם מכר בהקפה וזקף על הנכרי במלוה אבל אם מכר וקבל מעות מיד כדרך כל מו"מ ישתקע ולא יאמר והביא לו ראיה מהא דמבליע דמי אתרוג בלולב ע"ש. שהניח בצ"ע על הש"ע שפסק ולא חילק כן, שוב מצאתי כן במש"א סי' י"ב מקנין מעות והוא הביא לו ראיה כהנ"ל מתוס' יבמות נ"ג שהקשו הא דמקדש בכסף לאחר ל' יום מקודשת אע"פ שנתאכלו המעות וכ' התוספות בטעם הדבר משום שהוא לקדושין כאן ואם תחזור בה האשה צריכה להחזיר אותן וא"כ הוי כבעין לאחר ל' — וא"כ הא קי"ל בכל מכר דאי עייל ונפיק אזוזי לא קנה וא"כ כיון שאם הנכרי לא ישלם מיד חוזר המקח והוי כגמר הקנין בשעת נתינת המעות וחיילה התפיסה ג"כ אז שהרי אז נגמר המקח ע"ש. — ואמנם אחרי מצאתי בהרא"ם כאן שכ' וז"ל ומיהו נראה כו' כיון שלא היו המעות ביד ישראל בשעת מסירה עכ"ל והנך רואה שהקיל הרא"ם אם לא נתן המעות קודם וע"ש הרא"ם כ' כן בטור ועיין ב"ח שתמה על הב"י שהביא כן בשם ר"ו ולא הביא שהם דברי הרא"ם, וא"כ תימא על שני תרי גאוני בתראי שנעלם מהם דהרא"ם פי' בר"י דלא כדבריהם ז"ל ואמנם הדבר צריך בירור ולכאורה לדקו דברי המש"א מהתוס' יבמות וקדושין:

ונראה דהנה לכאורה קשה על הרא"ם דלא אסר אלא כשהקדים לו דינר ומסוגיית הגמ' נראה דכל דמייחד ליה הדינר א"צ להקדים דהא אמר אי לא מייחד שיעבודא לא מתסר ומשמע דמייחד אסור וכן משמע מרש"י ד"ה כיון דלא מייחד שיעבודא שלא ייחד לו מיד מעות לכך לאו חלופין נינהו ולא מיתסר עכ"ל ומשמע דכי מייחד מיתסר והא דמשני דוקא שהקדים לו דינר היינו משום שחזר בו ממה שהי' סובר כ"ש דהטעם משום דכי קא פרע דמי איסור קפרע וסובר שהתא הטעם משום שמאכילן איסורא וקא קני ליה בז"ה מה שהחנוני נותן להם ולכך צריך דוקא הקדים דינר כדי שיקנה החנוני לבעל הדינר מה שנותן לפועל וכן כתבו התוס' שם דלכך צריך הקדים דינר ומשמע דאבל לענין שנעשו דמי איסור לכי פרע סגי בייחוד לו הדינר — ובהא דייחוד סגי לענין הפועלים או צריך הקדים נגר פליגי בי' הרשב"א והר"ן ע"ש— אבל לענין מכירת יי"נ שהצריך הרא"ם דוקא הקדים קשה מנ"ל הא — ונראה שהוא סובר כמ"ש הריטב"א שהקשה אמאי סגי כאן בייחד ובאתנן הא צריך דוקא קנין ולא סגי בטלה זה עד"י ייחד ותי' דשם הטלה היא הנקנה והביאה אינה אלא מעות ולכך צריך קנין אבל כאן הפירות הם הנקנים וקונין ומחייבין את המטבע כדתנן כל המטלטלין קונין פי' שמחייבין את המטבע ע"כ — ואמנם קיל"ר מאוד דעדיין צריך ביאור סוף סוף אמאי לא סגי כשייחד לה את הטלה אף דודאי לא נקנה מ"מ הא חייב לה ויש כאן שיעבוד מיוחד שהגבה ממנו כמו בפירות שביעית דסגי בייחוד והוי המיוחד דמי וחלופי פירות שביעית. ואמנם נראה הכוונה כמ"ש התוס' והיינו דהתורה הא לא אסרה דמי אתנן דהוי חלופי אתנן כשתיקח אח"כ טלה וא"כ כיון דכל שיעבוד אף כשמייחד מ"מ ליכא כאן אלא חיוב של דמים דהא אפי' ייחד הטלה ליכא קנין בו אלא חיוב של דמים בתוכו ואם נתנו לה נוס"כ לפלות חיובו כשהנו הדמים לטלה וזה אינו אסור ולכך צריך דוקא קנין הטלה עצמו וזה הוי חלופי אתנן לא דמי אתנן משא"כ בפירות שביעית דדמי פירות שביעית אסורין ונתפסין וא"כ כל שמשך הפי' ויש כאן חיוב דמים נאסרו והא שצריך ייחוד אף דבלא ייחוד נמי כל נכסיו משועבדים לחוב זה מ"מ כל שלא ייחד לו לאו חלופין נינהו ולא נתפסי דהא ליכא דבר מבורר בשעת התפיסה שיהי' נחלף ונתפס אבל כשייחד לו הדינר ונתן אח"כ אותו הדינר אף שלא הי' נקנה אלא נתחייב מ"מ הי' השיעבוד מבורר בשעת התפיסה ובשעת יציאת הפי' מרשותו של מוכר מיד נתפס וזהו הטעם משא"כ באתנן לא שייך שיעבוד כלל דהא בשיעבוד ליכא אלא חיוב ממון ולא נתפס כלל דצריך קנין ולא חיוב — ואי קשה קו' התוס' דא"כ איך מדמה ר"י הא דר' ינאי לאתנן כמו דמותר באתנן ה"נ הא יש לחלק דבאתנן לא מהני משום דחלופי אתנן מותר משא"כ כאן לק"מ דהכי מביא כמו דבאתנן דבעי קנין אם היו כמה טלאים בסלינה אין אחד מהם אתנן ומשום שצריך להיות מבורר בשעת ביאה לקנין כן נמי כאן דמהני ייחוד השיעבוד צריך להיות עכ"פ מיוחד השיעבוד ובר' ינאי לא הי' ייחוד כלל והא דהתוס' הקשו כן היינו להס"א דלא ידע לחלק בין היכא דמייחד ללא מייחד — והנה לפי המבואר לא מהני בע"ז וי"נ ייחוד השיעבוד מתרי

מעתי חלה דהא אכן קיי"ל לדינא לדעת הטור והרא"ש חלופי חלופין של ע"ז מותרין ולא נתפסו וא"כ הוי כמו חלופי אתנן ולא מהני אלא הקדמת דינר שיקנהו בשעת משיכה אבל ייחוד שיעבוד לא הוי אלא חיוב ממון ויכול ליתן אחר ואין זה אלא חלופי חלופין, ועוד דאפי' ייחוד לו דינר. זה מ"מ לא מהני כאן מטעם אחר דהא באמת אין זה דמיהן וכמו שהביא הר"ן בשם ירושלמי והיינו משום שאם רוצה הנכרי לא ישלם לו כלל דאין שוה לו למוכר כלום וא"כ מאי מהני כאן שיעבוד הא כל שיעבוד אינו אלא חיוב של ממון ואם לא חייב אלא מתנה הוי א"כ ממון אין כאן משכון אין כאן אמרי' ולכך ודאי לא אמרה תורה שיתפסו דמיהן אלא כשמקדים לו הדינר וקני ליה כמו באתנן אבל ייחוד לא מהני וזה דעת הרא"ש ברור ונכון — ושמא לא קשה קו' המח"א מעיי"ל ונפיק אזוזי דהא לא שייך כאן כלל דאמר שמשכם הנכרי אנוכי קא מחייך ליה אם ירצה ולא יחזור לו לא את היין ולא את המעות וזה פשוט ול"ע על המחנה אפרים ז"ל — ולדרבא עפ"ז יש ליישב מה שהקשו בריטב"א ומש"א מהא דרבא דלקמן שאמר כי כייליתי מערא לנכרי ישקלו המעות קודם דקשה טובא הא אפי' יהי' י"כ קודם משיכה מ"מ הא יתפסו המעות אח"כ ומותר כהר"י וכח"ם ולהרא"ש ניחא קצת דעכ"פ למוכר עצמו אסור וכן כי המח"א אבל מ"מ זה דוחק דמשמע שאומר דמי י"כ כשאר דמי י"כ שנתפס לכ"ע. — ולפמ"ש י"ל דהא שם יין נסך מכר לנכרי וא"כ אף שאסור ליקח מהנכרי מ"מ ולא שרינן להו ליקח מאותו נכרי מטעם דרבא אמי דלעיל ומטעם היזק הייני כמ"ש הריטב"א והב"י למדעתו של ישראל נסכיה ואין כאן חיוב מזיק — אבל אם יאמר הנכרי שלא יחזור לו היין וגם לא ישלם לו ומשום שאינו שוה לישראל כלום יאמר לו הישראל הא אני יין כשר מכרתי לך ואתה אסרתו ואני לא נתתי לך רשות שתאסור אותו אלא באופן שיהי' שלך וא"כ צריך הגוי או לשלם או להחזיר היין וכאן שייכא סברת התוס' דיבמות דחל הקנין בשעה שנותן המעות — ומה שקשה מאוד על שי' הרא"ש היא מה שהקשה הרמב"ן מהא דשוכר את הפועל דהר"ן שהביא קו' הרמב"ן דכל שכירות אשראי היא דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ואינה משתלמת אלא לבסוף ותי' הר"ן דלא משמע להו לאבני דשכירות אשראי היא ודמי להו למכר הנפרע אחר משיכה ולכך אסור השכר דגזרו אטו דמי מכר, והא הינם אם נפרע דלא התיר הר"י אלא בהקפה דהיינו במתנה אבל הנפרע מיד בשעת מכירה אחר שמשך אסור אתי שפיר שיש לגזור בשכירות אטו הנפרע לאלתר אבל להרא"ש דאינו אסור אלא בהקדם דינר וא"כ בשכירות שלא נפרע עד אחר הפעולה למה נגזור אטו דמי מכר כיון שגם בדמי מכר מותר כן כשמשלם אחר כן וזה קשה מאוד :

והנה הב"י הביא בשם או"ח דשכר פעולה אינה אסורה אלא לו ולאחרים מותר והיא פלא כאשר תמהו עליו האחרונים דהא אף דממתני' לא מוכח דאסור אף לאחרים מ"מ מוכח כן מגמ' מעשה דהאי ארבי דאמר שם דאסור לבדליכהו דאתי בהו ארבי לידי תקלה וכדפרש"י וא"כ מוכח דאסור לאחרים וכן כ' הריטב"א דמשא מוכח כן, ולא מצאתי שום תי' נכון ע"ז — ולאומר העניין י"ל דלאו"ח הי' קשה כמו שהקשיתי על הרא"ש ולכך ס"ל דבאמת אינו אסור השכר אלא לו משום קנסא אבל לאחרים מותר דכיון דבסתם שוכר אין משלמין אלא לבסוף הוי כמכר שאם נתן מעות אחר המשיכה לא נתפסו דמיהן ומותר לאחרים רק לו אסור כמבואר ברא"ש — ואמנם בהאי ארבי דהוי מעשה י"ל דמיירי שנתנו לו המעות קודם והיו באלכו ובהא שייך לומר דנתפס לאיסור אף לאחרים כמו במכר אם נתן דמים קודם— ובכוונת המח"א הנ"ל י"ל דכיון שאמרה התורה ע"ז תופס דמים וקשה הא אין דמיהן ואמרם גזה"כ היא וא"כ אמרה התורה דהוי דינה כמכירה בהיתר דיש דמים וא"כ אף אכן אמרי' ודינן לה כמכירת היתר וכמו דבהיתר כה"ג דעיי"ל ונפיק אזוזי לא הוי ולא נגמר המקח עד שנתן המעות אף כאן :

אמנם נראה דאינו מוכרח לומר כן ולדרבא סובר הר"י והרא"ש דכיון דפידיון הוא למה נגדיל הפידיון יותר ועפי ראוי לומר דלא אסרה התורה היכא שקנה הגוי קודם שנתן דמה שנתן אח"כ ודאי מתנה היא יותר מבאתנן דהא אם ירצה לא ישלם כלל ולא יחזיר היין יותר כאמר דמיירי שהקדים לו המעות דאז אם לא יתן הישראל היין צריך להחזיר המעות וא"כ הוא פורע עתה ביין זה חוב המעות שקיבל ודו"ק כי זה ברור :

דין ז.

אם לוה א'ה או חלופין אי מחויב לשלם — ואם מותר ללקחם מהלוה.

כתב בעה"ת שער מ"ו ח"ו אם לוה מחבירו מעות שהיו מדברים של א"ה תליא בפלוגתא של הר"ת ורש"י דלהר"ת שהדמים מותרים לו ג"כ ויש בהם משום גזל ולוה ואינו משלם. אבל לרש"י אינו פורע שהרי לזה הדמים מותרים ולמלוה אסורים. וכי עוד אבל י"כ בין ודאי וכן ערלה אין הלוה מתחייב בהם כלל שאין זה ממונו שהרי כאשר עליו ולמה נכוף אותו להחזירם.— ובמל"מ פ"ז ממכירה הביאו' שנסתפק שם במוכר לחבירו א"ה ושלא ידע דליכא מקח טעות אי מחויב ליתן או לא וע"ש שפי' בהא דבעה"ת פי' כפלא דכוונתו בהא שאומר דלהר"ת חייב לפרוע ולרש"י אינו חייב הייני משום דכשפורע אז הוא עושה החליפה ועובר על אי' מכירה דלא נעשה ההחלפה בשעת שלוה אף שנתחייב לו אלא בשעה שפורע. וחקר שם אולי טעמו משום דס"ל לרש"י חלופי חלופין ג"כ אסורים ומש"ה א"ל לפרוע ומסיק דע"כ הטעם משום שעושה איסור בשעה שפורע דאל"ה הא בלוה א"ה עצמו שאומר הבעה"ת דבין לר"ת בין לרש"י אינו פורע וקשה הא לר"ת מותרים החלופין וא"כ גם זה תלי' בפלוגתייהו א"ו משום דעושה איסור בשעה שלוקח ממנו :

והנה כי המל"מ דאי טעמא של הבעה"ת דלהר"ת משלם לו כשלוה מעות א"ה משום דהמעות מותרים היו למלוה ולרש"י אינו משלם משום שהיו אסורים לו א"כ גם הספק שלו תליא בהא דלהר"ת דהחלופין מותרים לו אזי מחויב היא לשלם לו דהרי מותרים לו מה שישלם ולרש"י דאסורים לו אינו חייב לשלם :

וראיתי בספר שמחתי יו"ט להגאון ר"י"ט אלגאזי ז"ל שתמה ע"ז דאף להר"ת שהדמים מותרים מ"מ הא אין דמיהן אלא מתנה בעלמא וא"כ בשכבר נתן המעות הוי מתנה אבל כשעדיין לא נתן במה נתחייב הלה ליתן ואיך יכול המוכר להוציא אותן המעות מיד הלוקח וכי מי שאמר שיתן מתנה לחבירו אינו יכול לחזור בדיבורא בעלמא שלא עשה שום קנין ומה שלקח ממנו הא"ה אין זה כלום וע"ש ולענ"ד אפשר לומר בהא דכיון דעכ"פ שוה פרוטה יש בה להנות ממנה שלא כדרך הנאתן או לעפרה אף שהלה נתן בה כל שויה מ"מ יכול לומר לידי שויה ממון הרבה ומחויב ליתן כמו שנתחייב והרב שמחת יו"ט ז"ל כ' שם דבא"ה שאינו שוה כלום אינו יכול לומר כן ולא הזכיר הא שוה לו לאפרה ומיירי שיש בה ש"פ לאפרה. — עוד כי שם הגאון ז"ל דמ"ש המל"מ דאי חשוב כמחליף בשעה שלוה ע"כ דה"ט דלרש"י א"ל לשלם לו משום דחלופי חלופין ג"כ אסורים דאי חלופי חלופין מותרים הי' חייב לרש"י לפרוע דהא יהיו מותרים לו וכי ע"ז הגאון ז"ל דאפשר אפי' חלופי חלופין מותרים מ"מ אינו חייב לרש"י משום דס"ל לבעה"ת דכל שהחלופין אסורים לו שוב אין להם בעלים כלל דסובר התמורות כל א"ה אין בהם שום זכייה והרשב"א ס"ל דס"ל כן דכל א"ה אין לו שום בעלים וא"כ מיירי הבעה"ת שלא ידע שהם א"ה ואלי א"ל אילו הוי ידעתי שהם א"ה הייתי זוכה בהם אח"כ משבאו לידי מן ההפקר ומש"ה פטור וע"כ דס"ל לבעה"ת דכל א"ה אין לו בעלים כלל ואינו יכול להורישו לבניו דאל"כ אפי' אי חלופי חלופין אסורים מ"מ אמאי אין צריך לפרוע לו הא אף שאסורים לו מה שיתן לו מ"מ יכול להורישו לבניו ואינם הפקר ואמאי אינו פורע לו א"ו דא"ה אין לו בעלים וא"כ אין אנו צריכים לומר דסובר חלופי חלופין אסורים ע"ש כוונתו וע"ש. — ולענ"ד נראה דהא ודאי דרש"י ז"ל סובר א"ה אין לו בעלים ואין בהם לו זכיה כאשר הוכחנו לעיל מכח קושי' שהקשינו שם דקשה אמאי מקודשת בקידש בדמיהם לרש"י הא כיון דאסורים לו החלופין א"כ ליכא דעת מקנה דאינם ברשותו להקנות וא"כ לא קנתה האשה כלל וע"כ דס"ל א"ה הוי הפקר ומש"ה מקודשת שפיר ועיי' כ"ז לעיל דין ה'. אבל עתה באתי לגלות דעתי דלפ"ז מוכח הדין של רש"י ז"ל דלאו דוקא חלופין הראשונים אלא גם חלופי חלופין אסורים. ויש"י מוכח כל השקלא שהוכיח רש"י ז"ל כנגד הי"א מגמ' וסוגי' דנדרים. והדרן למלתא דריש סוגיין. — הנה רש"י ז"ל הקשה על הי"א דמתירין חלופין דא"כ מצינו דמים לחמץ ואמאי פטור הגזלן ותמהו הראשונים הא לכתחלה אסור למכור וא"כ אף דבדיעבד מותרים הדמים אין לה דמים מקרי.— ואומר אני דהנה הוכחנו דרש"י ס"ל ע"כ א"ה אין לו בעלים דאל"ה אינה מקודשת. ואלא קשה מאד הא לפ"ז דא"ה אין לו בעלים כלל א"כ ודאי דלק"מ קו' רש"י א"י דהא אפי' אי חלופין מותרים מ"מ מה קושי' דהגזלן יהי' חייב הא אין בא"ה משום גזל וכמ"ש השמחת יו"ט ז"ל אך נראה דרש"י סובר דהא בהא תליא דהא דא"ה אין לה בעלים נמי לא הוי רק אחר שאסרו חז"ל החלופין וכיון דלא משכחת לה דמים של היתר דאפי' אם ימכרם ויעבור על אי' מכירה מ"מ לא יהי' לו דמים מותרין מש"ה אין לה בעלים ואין בהם שום זכייה ואין בה משום גזל אבל אי כהי"א דהדמים מותרים יש לה בעלים ויש בה משום גזל:

ובזה יתבאר היטב הא דהקשה הרא"ש על רש"י דלמה הוצרך רש"י לזה לומר דוקא בקדושי' אשה התירו הא מסקינן בנדרים דבדיעבד מותר וא"כ הי' לו לפרש כן דבדיעבד מותר בכל מקום דחלופי חלופין מותרים. ולפמ"ש הוכיח רש"י ז"ל כן דאי חלופי חלופין מותרים א"כ איך היא מקודשת בדמי ערלה הא לא תוכל לקנותם דחלופין אסורים לו ואין לו בהם דעת מקנה ואי שקנתה מן ההפקר הא אי הדמים של החלופין מותרין לו א"כ הוי החלופין א"ה שיש להם בעלים דהא אם ימכרם ויעבור על אי' מכירה יהי' לו דמים מותרים וכל כה"ג הוי יש להם בעלים ולא הוי הפקר ויש בהם באותן דמי ערלה משום גזל לפי רש"י ז"ל וע"כ צריך לומר דגם חלופי של החלופין אסורים ושפיר מקודשת

מקודשת בחלופין שקנתה מן ההפקר דהו אין להם בעלים ואין בהם משום גזל כאמור:

ומעתה אחר שזכינו לכך נראה שכל הדין של רש"י ז"ל והשוכחה שהוכיח כנגד הי"א מוכח מסוגי' דנדרים דהשתא שם פשוט מהא דמכרן וקודם וע"כ הוכחה שלו היתה מהא דלמאי מותר באשתו וכמו שפי' הר"ן שם דהי' סובר אי חלופין אסורים גם חלופי חלופין אסורים ופי' זה מוכח כאשר כבר הוכחנו לעיל דא"א לפרש שרולה לפשוט מהא דלמאי מקודשת הא לא הוי שלו ולא יהיב לה דא"כ מאי השיב לו לכתחלה אסורים הא א"כ עדיין קשה אמאי מקודשת דלא יהיב לה אלא ע"כ שאיל המעות משלו קברי כל הסוגי' וא"כ מאי פשוט ליה א"ו דקשה לו להשתא אמאי מותר באשתו להנות ויובר חלופי חלופין ג"כ אסורים. — ולכאו' קשה מאד מה דחקו להשתא לזה דחלופי חלופין ג"כ צריכין להיות אסורים דילמא חלופין אסורים וחלופי חלופין מותרים וכמו שהשיב התרלן לפי' הר"ן שם. — וע"כ צ"ל דהכי פריך אי חלופין אסורים וחלופיהן מותרין א"כ ודאי קשה אמאי מקודשת כלל הא לא תוכל לקנותם ודעת מקנה אין כאן וע"כ צ"ל אחת משתים או דחלופין מותרים לגמרי או דאי אסורים גם חלופי חלופין אסורים דלהוי הפקר והכי פשוט ליה מכרן וקידש מקודשת וקשה אי חלופין אסורים א"כ אמאי מותר באשה ואי תימא דרק החלופין אסורים וחלופיהן שלהם מותרים א"כ ודאי קשה אמאי מקודשת כלל הא יש להם בעלים שאם רולה לעבור על אי' מכירה ימכור ויחליף אותן הדמים ויהיו דמי הדמים מותרים וכיון שיש להם להדמים בעלים א"כ לא תוכל האשה לקנותם דיש בהם משום גזל ולא קנתה בלא דעת מקנה ואיך תתקדש א"ו אם אתה צ"ל חלופין אסורים צריך אתה לאסרם לגמרי אפי' חלופי חלופין וקנתה מההפקר וא"כ אמאי מותר באשה:

ולפ"ז ע"כ צריכין אנו לפרש דהתרלן שהשיב לו דילמא לכתחילה לא הא בדיעבד מותר ע"כ דבדיעבד מותר דקאמר היינו רק באשה התירו וכדפרש"י דאין לפרש כלל דבדיעבד מותר בכל חלופי חלופין דהא א"כ השיב לא השיב על קו' המקשן כלום דהא המקשן הוכיח סברתו דא"כ איך מקודשת וזהו עיקר הוכחתו שלו ואם השיב לו התרלן דאעפ"כ מותרין חלופי חלופין א"כ תקשה עדיין אמאי מקודשת הא לא קנתה אותה פרוטה דאי חלופי חלופין מותר יש בהם משום גזל ואינם הפקר הדמים. ואי שהתרלן הי' סובר כן מסברא דכל א"ה אין לו בעלים ואפי' אי בדיעבד מותר וכהי"א הי' לו להשיב ע"ז: א"ו דכן השיב לו דבדיעבד מותר באשה ורק באשה התירו ושפיר מקודשת שקנתה מן ההפקר דחלופיהן של חלופין נמי אסור בדבר אחר ומוכח דינו של רש"י ז"ל, ומוכח ג"כ מה שדוחה רש"י להי"א דאי חלופין מותרים א"כ מלינו דמים ואמאי פטור הגזלן דאי תימא כהי"א דמשום שהוא אסור לכתחילה למכור מש"ה אין בהם משום גזל ופטור הגזלן א"כ אם איתא לסברא זו מאי פריך המקשן ממכרן ומאי ס"ד לאסור גם חלופי חלופין הא י"ל חלופין אסורים וחלופיהן של חלופין מותרים והיא מקודשת מ"מ שקנתה מן ההפקר דהא עכ"פ לכתחלה אסורים לו החלופין למכרם וא"כ כל שאסור לו לכתחילה תו אין בהם משום גזל אלא ודאי מוכח מדפשיט לו כן דס"ל להסוגי' דכל דבדיעבד מותר לו והדמים יש בהם משום גזל וצריך דעת מקנה ושפיר הקשה דלמאי מקודשת הא לא קנתה הפרוטה וע"כ דאי חלופין אסורים לגמרי אסורים אפי' בדיעבד, ומוכח כל הדין של רש"י ז"ל ודלא כהי"א וזהו אף שהיא דבר חריף מ"מ היא דבר אמת בס"ד ומקום הניחו לי:

ועכ"פ יצא לנו דא"א להעמיד הבעה"ת כמ"ש השמחת יו"ט ז"ל דהא הוא מביא דברי רש"י ז"ל ורש"י סובר דחלופי חלופין אסורים ומש"ה אין לו בעלים וכיון שכן יותר נפרש דבריו כמ"ש המל"מ ז"ל דמדכתב שהרי נאסר עליו משמע ג"כ דהבעה"ת אומר שיאסרו עליו אותן הדמים שיתן לו ואי משום שאין להם דין ממון אין הלשון מתוקן דהא לאו טעמא משום שיאסרו להבא אלא משום שכבר היו אסורין עליו אותן המעות שלוה ולא היו שלו ולשון זה של בעה"ת אינו מורה אלא או שנאמר סכ"ל שחלופי חלופין אסורין ומש"ה אמר שהרי יאסרו עליו מה שיתן לו או דס"ל משום שיעשה איסור החלפה כשיקבל אותן וכמו שהוכיח המל"מ ממ"ש בסופו דגם לסה"ת אינו פורע בשלוה א"ה עלמו, ומה דמוקי לה השמחת יו"ט שלא ידע ג"כ לא נראה כן ודוחק. עוד כ' הגאון שמחת יו"ט ז"ל דמ"מ האמת כן הוא דבשעת החיוב שמתחייב שלוה לא חשוב כמחליף באותה שעה ואין אנו צריכין לסברא זו לדברי הבעה"ת דגמ' ערוכה היא מהא דבי ר"י דאר"י יאות הן עבדין ואמרי' התם דס"ע משום דלא מייחד שיעבודא דבשעת החיוב אף שנשתעבדו נכסיו לחיוב זה כיון דלא מייחד שיעבודא לא חשוב כאילו מחליפן באותה שעה ומש"ה כיון דעיקר החלופין לא הוי אלא בשעת פרעון כשפרעו בשמיכות לא חשוב דמי שביעית כיון שהפירות אינם בעין עכ"ל. — ולענ"ד לא נראה ללמוד משם דודאי לענין התפסה לא הוי החלפה כל שאינו בעין בשעתה אבל כאן שאנו דנין על איסור המכירה שעושה הי' אפשר לומר דבשעת המכירה שנתחייב הלה ונשתעבדו נכסיו נעשה מיד איסור המכירה שהרי זה כאן א"ה עבור חוב ושועבד ומכרה הוכו וקמ"ל שבעה"ת דלא הוי שום איסור בשעת שלוה ודו"ק:

והנה לכאו' יש להקשות על הדין של המל"מ בשם הבעה"ת מרש"י עלמו שהקשה על הי"א דא"כ מלינו דמים ואמאי פטור הגזלן וקשה דילמא לעולם מותרין החלופין והגזלן הי' באמת חייב אלא דפטור משום דכשיקח הנגזל הדמים יעבור אז על איסור החלפה וא"כ מש"ה אין כופין אותו לפרוע וכמ"ש התרומות שאין כופין לסר"מ ז"ל את הלוה — ואין לחלק ולומר דרש"י ז"ל קאי אמתני' דהאוכל תרומת חמץ וכיון שכבר אכלה וליתא בעין לא הוי החלפה זה אינו כלום דלא מהני סברא דאינו בעין אלא לענין תפיסת דמים אבל לענין אסור המכירה לא מהני כלום ופי' ראיה דהבעה"ת עלמו לא מחלק כלום. — ונראה ליישב ולחלק דדוקא מי שמכר או הלוה אם הוא לוקח אח"כ הדמים עושה איסור למפרע במה שמכר דהא א"א לומר שעושה איסור שני פעמים אלא משום דלא נעשה האיסור מכירה עד שהוא לוקח הדמים ואז נשלם עשיית האיסור ועשה איסור במה שמכר והא תינח כשמכר או הלוה הוא עלמו אבל אם גזל הגזלן הא הוא הנגזל לא עשה כלום וא"כ גם עתה בשעה שלוקח הדמים לא עושה שום איסור דמה שנהנה אין זה איסור דהא חלופין מותרים להי"א דלא נהנה מגוף האיסור ומעשה החלפה ג"כ אין כאן שהרי הוא לא נתן ולא החליף וזהו פשוט לפ"ד. — אמנם הא קשי' לי דמהתוס' הנ"ל מוכח דלא כהמל"מ שהם התירו כשמכר ע"ז בהקפה ליקח המעות אפי' לכתחילה וכמו שהוכיח הריטב"א בשם הרשב"א מדבריהם דמדמי להו להא דבי ר' ינאי מוכח דאפילו לכתחילה מותר המוכר ליקח אותן המעות כמו שם דאר"י יאות הן עבדין וא"כ דלמכור ודאי דלא התירו התוס' כמ"ש לעיל אבל ליקח המעות לכתחילה התירו וא"כ קשה הא עושה אז איסור החלפה דבשעה שמכר לא עשה עדיין איסורא ומוכח מהתוס' דמותר משום שהם סוברים דכל האיסור כבר עבר ועשה אותו בשעה שמכר אף שמכרו בהקפה ודלא כהמל"מ ז"ל ואף שחולקים שם על התוספות לאו מהאי טעמא חולקים שעושה איסור בשעה שלוקח אלא משום דהמעות אסורים עכ"פ מדרבנן אבל כ"ע מודי שאחר שמכר ועבר תו ליכא איסור במה שלוקח המעות וזהו ראיה שאין עליה תשובה — ועתה נראה דלמה נעשה פלוגתא כזו בין הבעה"ת והתוס' ז"ל א"ו נראה דהבעה"ת משום שאסור בהנאה ואין לו דמים אמא עלה ובהתחלה שלוה דמי ערלה אמר דלהר"ת שהמעות מותרים לו צריך לפרוע ולרש"י א"צ שהרי יאסרו עליו דחלופין של חלופין נמי אסורין דמש"ה סובר התרומות שא"צ לפרוע דאי היו חלופי חלופין מותרים הי' צריך לשלם אף שהחלופין אסורים היו מ"מ כל שדמי החלופין מותרים הרי לרש"י ז"ל הוי זהו ממון בעלים אף שאסור למכור וכמו שהביא רש"י ראיה ממה שהגזלן פטור וכמ"ש לעיל ומש"ה אמר דלרש"י מש"ה לא משלם משום שהרי נאסר עליו על הראשון וא"כ לא הוי ממון ולהשני מותרים — ואח"כ כי בלוה א"ה בין לסר"מ בין לרש"י א"צ לפרוע ומה שהקשה המל"מ דלמאי לא יפרע לסר"מ הא הדמים יהיו מותרים לו לק"מ דזהו כוונתו להר"מ א"צ לפרוע דהכי הר"מ והי"א הם ע"כ סוברים דכל שאסור למכור תו לא הוי לו דמים כלל דאל"כ תקשה עליהם הא מלינו דמים וא"כ לדדהו אינו פורע משום שאין בשום א"ה דין גזל כלל, ולרש"י שאינו סובר כן מ"מ לא ישלם שהרי אין זה מ"מ ממונו שהרי נאסר עליו דרש"י הא סובר חלופי א"ה אסורים לו וזהו הטעם שכ' שהרי נאסר עליו קאי לרש"י וזהו הנלענ"ד. באופן דאם הלוה רולה לפרוע מותר המוכר לקבלם ואינו עושה שום איסור החלפה אז בשעה שמקבל דהאיסור כבר עשה ועבר, ולהמי"א ואותן הסוברים דאם משך קודם ונתן אח"כ המעות מותר בשאר א"ה אף לרש"י אין כאן שום איסור אחר ותלי' אי אותן חלופין אסורים לו או לא כנ"ל:

דין ח.

אי מותר למכור איה לאפרן שבה או לו.

כתבו התוס' בע"ז ס"ב ד"ה בדמיהן דהא דאינה מקודשת באפרן משום שאסור למכרן אף לאפרן ולא הוי דומי' דשדה עפרון ע"ש וכן כתב הרשב"א ז"ל אחר שהביא שאר הראשונים שתי' דמיירי שאין באפר ש"פ כי הרשב"א דאף באיכא ש"פ א"מ משום דהשתא מיהא לית לי' דמים דאסור למכרן אי משום אפרן הא איכו בעולם ולכי קאי לה הוי לה כגופא אחריכא ולא זה הוא מה שמקדשה בו ואע"ג דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי התם הוא דאין שגוף מתנה אבל כאן שהגוף מתנה לגמרי לא ועוד דהתם דוקא קאמר לכשיה' אבל בלא"ה לא עד כאן דבריו:

והנה כ"ל הרשב"א ז"ל דאי הי' מותר למכרו לאפר היתה מקודשת דהא הוא מקדשה בשווים של האפר והאפר זה שווה פרוטה בשוק למכור עתה ולא הוי דבר שלא בא לעולם דהא בא לעולם היא אותה השווי שיש בה לאפרה דהכי היא נמכרת בפרוטה זו כמות שהיא עתה וקודם שנשרפת אבל כיון שאסור למכור עתה א"כ אף שיכול לקדשה באפר והוא ש"פ היינו אחר שנשרפת אבל

כמות שהיא עתה איכא שוה כלום דהא אסורה למכרה וא"כ אפר שנעשה אפר הוי עתה דבר שלא בא לעולם וזהו כוונתו ז"ל. — ומצאתי להגאון בעל שמחת יו"ט ז"ל שכ' וז"ל וצריך לומר דנהי דאיהו ס"ל דכיון שנשתנה השור כדהלב"ל מ"מ לא שייך זה אלא כשמקדש באפר שיצא מפי' אינו אבל הכא שמקדש בגוף הפי' אלא שמצד עצמם אין בהם דין ממון אבל מצד האפר יש בהם דין ממון שהרי אפשר שיכול למכרן כאשר לאפרן ויקח דמים כדי שווי שאפר דהא דא"ה אסור למכור הייכו ליקח כל דמי שוויין אבל אם לוקח דמי האפר שמותר לו לומר דפ"ח שכ' הרא"ש פ"ק דבכורות הכי כו' ומסיק שם דטעמא דהרשב"א דאף שיש בהם דין ממון למכרן וליקח דמי האפר מ"מ כאן שאין בהם קנין מצד עצמם אלא לאפרן הוי דהלב"ל כשמקדש בהם לאפרן והביא שם שזהו סברת התוס' גיטין גבי מוכר עבדו לקנס אבל הרשב"א עצמו שם אינו סובר כן ונדחק עצמו הגאון ז"ל בזה ע"ש: דלענ"ד מה שרצה להתיר למכור א"ה וליקח דמי אפרן איכו ופלא שלא הביא דברי התוס' ע"ז שהבאתי שכ' בפירוש שהוא אסור למכרן אפי' בפרוטה של אפרן וכן כתי' הרשב"א ז"ל סובר כן ולזה נתכוין כאשר פירשתי לעיל — והא דקשה ליה ממ"ש הרא"ש בפ"ח שמותר למכרו למאי דשוויה יותר מזה לענ"ד לא דמי דבפ"ח לא אסרה התורה הפ"ח כולו אלא לפדותו בזה אבל כל שפודה אותו בזה הוא מותר כולו כמו שהוא ומש"ה גם מותר למכור לבינו ובינו אבל א"ה הא אסור כולו כמות שהוא עתה עד שנשרף ונשתנה ונעשה גוף אחר דאז נשתנה לדבר המותר אבל עתה הוא אסור לגמרי ואסור למכרו כן וכן למכור שיהנה ממנו אחר שלא כדרך הנאתו אסור משום דהא המוכר נהנה ממנו כדרך הנאתו וכמ"ש התוס' וכן באפר אם ימכור עתה קודם שנשתנה יעשה אי' תורה וזהו פשוט אצלי ולע"ג על הגאון ז"ל, עוד נ"ל להביא ראיה שאסור למכור א"ה בפרוטה לאפרן והיא מהא דאיתא בתוספתא ב"ק פ"ז גנב א"ה פטור מלשלם, והשתא בשלמא אי אסור למכור לאפר א"ש אבל אי מותר למכרו לאפר א"כ הא גנב והזיק לו פרוטה אחת של האפר ויש לנו לגלגל עליו את הכל כדאיתא ב"ק דף כ' גבי שמכורי דא שייתא דמשלם הכל ועיי' תוס' כתובות דף ל' ועיי' כי"ע אלגאזי בכורות ספ"ה ודו"ק.: אלא ודאי דאסור למכור א"ה לא לאפרן ולא לשלא כד"ה: שוב מצאתי כשכתבתי במקנה קדושין כ"ז על תוס' ד"ה המקדש שחולק שם על הב"ש ע"ש:

והנה הריטב"א ז"ל תי' בקידושין על קו' זו דאינה מקודשת באפרן וז"ל ומורי נ"י תי' דאפי' יש באפרן ש"פ כיון דהשתא לית בהו דין ממון א"ת דכי ישריף להו לבעיניהו לאו דידיה נינהו וכל הקודם זכה לאפרן עכ"ל ונראה שהוא סובר דאפי' לאחר שנשרף האפר לאו דידיה הוא אלא הפקר ולא ידעתי מנ"ל כן דילמא כל שנשרף ומותר האפר הוי שלו וכן הסברא: ונראה שהוא הוכיח כן מדאמרי' א"ה אין לו בעלים וכן המקדש בא"ה א"מ ואם איתא דהאפר שלו הוי' מהכי דהוי מותר אף למכרו לאפרן דהוא אינו סובר דהאפר הוי דבר שלא בא לעולם דהא מגופו יוצא א"ו דגם האפר אינו שלו, אבל הרשב"א ז"ל סובר דאף שהאפר שלו אסור למכור עתה לאפר משום דכמות שהוא עתה לית לו בה כלום ודו"ק:

דיני פסח.

כלל יז.

בדיקה וביטול.

דין א.

בדיקה זו אי מה"ת ואם מצא אח"כ חמץ אי עובר מלמפרע.

הנה רש"י פי' במתני' בודקין שלא יעבור ב"י וב"י, ובר"ן כתב כל הדינים היוצאים מפירושו ופירש ג"כ כוונת רש"י ז"ל אך בקיצור נמרץ ולאנשים כערכי צריך יגיעה רבה לידע מה רצה הר"ן ומהיכן יצא לו כל מה שכתב לשיטת רש"י: ואנכי יגעתי ומצאתי הכל על נכון ואבאר בס"ד הכל למען יהיה הכל כשלחן ערוך מול הקורא ואם ירצה אח"כ בר"ן בקל ימצא כי כל מה שכתבתי לא חדשתי דבר אלא הכל נמצא שם:

והנה ראשון המציא הר"ן לשיטת רש"י דמי שבדק ואח"כ מצא חמץ לא עבר מלמפרע כלל ואפי' איסור של שוגג או אונס לא עשה כלל, וזה שלא כדעת הטור שכ' דעשה איסור מלמפרע ועי' מ"א מידי דהוי כאוכל חלב בשוגג ומשום דהטור אינו הולך בשיטת רש"י אלא בשיטת התוס' אבל לרש"י ע"כ כן הוא שלא עבר כלל: והנה זה לקח לו הר"ן מרש"י עצמו שכ' כן לקמן גבי הא דאמר רבא גזירה שמא יאכל גלוסקא יפה ופרש"י שישהה עליה רגע אחת ויעבור ע"ש דמשמע שלמפרע לא עבר ולא עשה שום איסור כלל, ורש"י לקח לו כן מגמ' עצמו דאמר רבא שמא יאכל גלוסקא ודעתו עלה מה ודעתי עליה הא כבר עבר ועוד למה שמא יאכל שמא יש שם גלוסקא וברא"ש כי באמת כן שמא יש באחת מן הזוויות וכי הפ"ח שכוונתו דהא שמא יאכל דאמר רבא לאו דוקא וזה הי' דוחק לרש"י ועוד מאי פריך שם וכי מוכח לבעלים הא כבר עבר א"ו דאינו עובר למפרע כלל:

עוד חידש הר"ן לדעתו דהא שצריך בדיקה וביטול דוקא במקום שרגיל להכניס שם חמץ אבל מקום שאין רגילין לא חלה עליו אותה תקנה כלל והביא ראיה לזה שהרי אתה אומר כל שבדק כו' אין עובר עליה אלא בשהייתה משעת מציאה ואילך כו' ע"ש בר"ן ד"ה ונמצאת: והנה לכאורה קשה אי זה הדין שבמקום שאין רגיל לא חל חיוב בדיקה צריך לראיה א"כ מה זו ראיה שהביא, ועוד למה הוצרך לראיה הלא סברא היא כן, דהא לכמה פוסקים אפי' במקום שרגיל אין עובר על חמץ שאינו ידוע ומכש"כ באין רגיל ואפי' לדידן נמי דהא לא מוחזק אותו מקום בחמץ ואכן מה"ת בתר חזקה אזלינן בכל התורה, וכן הך דינה שכ' הר"ן ורש"י דאם בדק ואח"כ מצא אינו עובר למפרע אף שמצא דין זה בלשון רבא ובסוגי' מ"מ קשה מנ"ל להש"ס כן דהא הוי נגד הסברא דבכל התורה מי שאכל ע"פ חזקה או רוב ונתגלה אח"כ דטעה עשה עבירה בשוגג וכאן נאמר דאפי' שוגג או אונס לא הוי ולא עשה שום איסור: ואבאר לך בס"ד בביאור רחב פירש"י לפי דעת של הר"ן כי הכל מוכח כן וכי זה המפתח לכל הסוגי':

והנה רש"י פי' במתני' בודקין שלא יעבור ב"י וב"י וכוונתו בזה דהבדיקה מחויבת מה"ת וא"כ ע"כ דסובר רש"י דמתני' בשלא ביטל מיירי דאי ביטל הא מדאורייתא סגי ול"ל בדיקה, ועוד מוכח דהבדיקה זו היא ג"כ מה"ת כמו הביטול דאי הבדיקה אינה מה"ת אלא דרבנן תקנוה א"כ קשה אמאי תקנוה הא הביטול יותר טוב ומועיל לענין לאו של ב"י וב"י הכל הבדיקות לאור הנר דהביטול הוא חופש בכל מקום מעתין דהא מבטל הכל וא"כ למה יתקנו חז"ל דבר שאינו מועיל כמו ביטול א"ו דהוא סובר דהבדיקה ג"כ מה"ת — ואי תקשה מנ"ל לרש"י כ"ז דלמא כמו שפירשו שאר מפרשים דס"ל בדיקה אינה אלא מדרבנן משום גזירה שמא יבוא לאכלו ע"ש ע"ז אמינא דנקט לו הכל מסוגי' דלקמן דמצא בגמ' שאם בדק ומצא אינו עובר למפרע וקשה מנ"ל להש"ס כן וכמו שהקשינו לעיל, אלא ע"כ דהש"ס לקח דין זה מהכא דמתני' והכא נקט כן מהתורה עצמה, והיא דהי' קשה לגמ' למה נקיט התנא הבדיקה ומביטול שהוא מה"ת שתק לגמרי ואי נימא שאין לבדיקה עיקר מה"ת כלל אלא הביטול וא"כ איך נקיט התנא הדרבנן ולא נקיט שצריך ג"כ ביטול א"ו דבלא ביטול מיירי וא"כ יותר קשה אי הבדיקה דרבנן איך יתקנו רבנן בדיקה שלא לעבור ב"י וב"י מאחר הביטול הא הביטול היא היותר טוב שאין בו חשש כלל ובבדיקה אפשר דישאיר כזית חמץ ויעבור וא"כ משום גזירה דרבנן יבוא לעבור על אי' תורה של ב"י וכן הקשה המהרש"ל הובא לקמן ואם חשו חז"ל שמא יבוא לאכלו א"כ הי' להם לתקן שיבטל והתנא ע"כ בלא ביטול מיירי כדשתק מיניה אלא ודאי דבדיקה זו מועלת ג"כ מה"ת הביטול, וא"כ מוכח ג"כ דאם מצא חמץ אחר הבדיקה לא עשה שום איסור למפרע דאי עשה איסור א"כ עדיין קשה אף שהבדיקה ג"כ מה"ת כמו מ"מ לא טובה היא כמו הביטול אלא ודאי דסובר התנא שאין בין בדיקה לביטול לענין כלום אלא שאם בדק אפי' מצא אח"כ לא עשה שום עבירה כלל אלא כמו שאם הי' מבטל דבשניהם ליכא למפרע שום עבירה כלל אלא אם דעתו עלה דאז עובר מכאן ולהבא — והתנא לקח לו כן מקרא דכיון דכתבה התורה תשביתו והיינו או בביטול מלשון תשביתו או בבדיקה וביעור כשימצא וא"כ מדהשווה התורה שניהם יחדיו ע"כ שמועיל האחד כמו השני לענין איסור של ב"י וב"י דאי נאמר שבדיקה אפשר שאם ימצא או אם יש עדיין חמץ ברשותו עובר ועושה עכ"פ איסור קצת א"כ איך השווי יחדיו הא יותר טוב הביטול א"ו דאין לחלק ביניהם כלל — אלא דא"כ דהבדיקה היא ג"כ מקרא דתשביתו א"כ מנ"ל לחלק בין המקומות הא בתורה לא נמצא שום חילוק בין מקום שרגיל לאין רגיל בשלמא אם הי' מדרבנן משום גזירה והיא בהם עם הביטול יחדיו אז ניחא דלככר בשמו קורט לא חשו ולב"י וב"י הא ליכא אבל לפי האמור שהבדיקה בא לענין ב"י והיא מקרא א"כ קשה מנ"ל — וע"ז נאמר דמהא גופה מוכח כן מדהשווה התורה בדיקה ביטול ומוכח מזה שאם בדק ומצא לא עבר כלום ועדיין קשה מה היתה סברת התורה בזה שלא עבר כלום הא שגג ולא בדק יפה יפה ואמאי לא עשה שום איסור ואי באמת עשה איסור אפי' קצת א"כ תו לא השווה עם הביטול אלא ודאי דהתורה לא הצריכה שום דבר לא בדיקה ולא ביטול

ביטל היכא דאין רגיל להכניס שם חמץ וכל שבדק מקום הרגיל הוי הרגיל כאינו רגיל דאחר שבדיקה גם הוא הוי כאינו רגיל וא"כ כיון דמוכח עכ"פ דאפי' מצא אחר בדיקה לא עשה שום איסור ואפי' היה מקום הרגיל מכש"כ מקום שאינו רגיל כלל דאין בו שום איסור ואפי' מצא א"כ לא עבר כלום שלא הוזכרה שתורה לבדקו כלל הנה הראיתיך דכל הדינים שכתב הר"ן לדעת רש"י כולם יצאו לו מרש"י ומהסוגי' ומהשמעת ומקרא ודו"ק בלשון הר"ן ותמצא שלא כ' לא יותר ולא חסר אפי' אות אחת אלא מה שהולך להענין — ואלא מה קשי' לי היכא רמיזה בתורה שכל חמץ שאינו ידוע לנו צריכא בדיקה עד שנאמר שהבדיקה מחויבת דילמא תשביתו הייינו אם יש כאן חמץ דאז מהני השיעור או הביטול אבל לאינו ידוע מנ"ל שצריך לבדוק ואי שמצד הסברא דהוי ספק חמץ או חזקת חמץ במקום הרגיל א"כ מאי אינו עובר למפרע כשמצא הא טעה וע"כ צריך אתה לומר דבדיקה נזכרת בתורה ושיווה לביטול ועי"כ אתה אומר שכיון שהשווה לביטול גם דינם כך שאם בדק הוי כמבטל דלא נשאר שום איסור אחריה וא"כ היכא הוזכרה: דקרא דתשביתו לא מוכח אלא לביעור אם יש כאן חמץ ידוע אבל לבדוק אחר חמץ לא משמעות בקרא כלל ובפני יהוש"ע כ' דאולי מצא ימצא משמע אחר השיפוש ע"ש וזהו דוחק בעיני:

ונלע"ד דמקרא דבתיכם יצא לרש"י ז"ל כן וכמו שאבאר דהנה הרמב"ן בחומש הביא שיטת הגאונים דישראל שהפקיד חמצו אצל נכרי אינו עובר והביא המכילתא וע"ש שהביא להם ראיה דאל"ה א"כ למה דכ' רחמנא בתיכם וגבולך כלל הא על שלו הוא עובר אפי' בביתו של נכרי ועל של נכרי אינו עובר אפי' בבית של ישראל וא"כ אין בין בתים וגבולים של ישראל שום נ"מ והיא קושי' גדולה. — והנה שי' רש"י הוי דלא כגאונים הללו כדמוכח מהא דפי' לקמן בייחד לו ביתו ע"ש וקשה קו' הרמב"ן ז"ל דל"ל בתיכם וע"כ דהתורה מיירי גם מחמץ אינו ידוע בין בעשה דתשביתו ובין בלאו דב"י וב"י ולכן כתבה התורה בתים וגבולין שהוא צריך לבדוק אותן מקומות הרגיל להיות בהן חמץ ומש"ה כתיב תשביתו שאור מבתיכם דאילו בביתו של נכרי א"צ לבדוק אלא אם הי' לו חמץ ידוע שם עובר אבל לבדוק אחר חמץ א"צ אלא בביתו וגבוליו והייינו דכתיב תשביתו' שאור מבתיכם והייינו במקום הרגיל דודאי יש כאן שאור תשביתו אותו אחר שתבדוק את הבית שלך וכן שבעת ימים שאור לא ימצא בבתיכם אינו לא הוי מיירי קרא אלא בחמץ שידוע לו לא הוי כאמר בתיכם וגבולך שאפי' שלא בבתיכם עובר אבל קרא אמר דאפי' על אינו ידוע הוא עובר אם יש שם וזהו לא שייך בבית נכרי כלל דאפי' הי' לו שם חמץ א"י לו אינו עובר כלום דהוי אבוד ממנו וקנהו הנכרי ולכך אר קרא בבתיכם להורות דאפי' על א"י הוא עובר אם לא בדק וביער וזהו אף שלא הזכירו הר"ן ז"ל מ"מ היה דבר נכון בעצמותה בס"ד. — ועי' לקמן דקו' מהרש"ל על מתני' דלקמן קשה מאד לשיטת רש"י והר"ן ע"ש:

והנה התוס' ר"ס כ"ט כתבו דאפי' אם יודע שיש לו חמץ אלא שא"י היכן הוא אינו עובר עליו דל"א הוי מצוי אצלו ואינו בכלל לא ימצא והביאו ראיה מהא דפריך וכי משכח לה לבטלה אלמא דאינו עובר למפרע והפ"ח ז"ל דחה דבריהם דאי' הכא שכבר בדק ויצא י"ח ע"ש. — ולענ"ד התוס' לשיטתם אזלי וצדקו דבריהם דהא הם סברי דאין לביטול רמז בתורה אלא מטעם הפקר הוא דמהני וא"כ לא נזכר בתורה אלא ביעור והבדיקה מחויבת או משום ספק או משום חזקה ומי נימא שמחויב לבדוק חמץ א"י או מסברא וכמ"ש או אפי' מקרא מ"מ מהיכי תיתי נימא שאם מצא חמץ לא עבר למפרע עד שלא עשה איסור אפי' בשוגג או באונס וא"כ מאי פריך דלבטלה כי משכח הא כיון דגזר שמא לא בדק יפה א"כ כשימצא יעבור למפרע ויותר טוב לו שיבטל מיד שלא יעשה שום אי' אפי' בשוגג. א"ו דלא דברה התורה אלא מחמץ ידוע. דהא דכ' הר"ן כן הייינו לדעת רש"י ומשום דהביטול ובדיקה כתובה בקרא ומשמעא דמהני בדיקה כמו הביטול מגזה"כ דאין לחלק ביניהם כשהכניסם כאמרנו וכמ"ש לעיל דא"כ לא מצינו בדיקה וביטול מה"ת ודו"ק:

והנה לקמן במתני' לא בדק אור לי"ד כתבו בתוס' ד"ה ואם דרש"י לא רצה לפרש כן משום שפי' במתני' בודקין שלא יעבור בב"י ובב"י והקשה מהרש"ל הא ע"כ מתני' בביטל מיירי דאל"כ וכי משום גזי' שמא יאכל יעבור בב"י וב"י ותי' דודאי מיירי בביטל ומ"מ לא רצה רש"י לפרש דבודקין אלא היכא שאם לא יבטל יעבור על ב"י אבל אח"ש דליכא ב"י כלל לא בודקין, והמהרש"א כ' דמתני' בלא ביטל איירי אלא דמ"מ אינו עובר משום פירורין הא בטולי מבטלא ואלא שמא ימצא גלוסקא ויעבור ויותר גזר כ' יוחנן שמא יאכל כשיבדוק ע"ש. — ולדברי הר"ן שהוא סובר לא כמהרש"ל דהא הוא מוקי לכל המשניות בלא ביטל ולא כמהרש"א דהא פי' לרש"י שאם לא יבדוק יעבור על ב"י במקום הרגיל אפי' לא ימצא וא"כ כשאמר שהקו' בתימא גדולה איך יאמר ר"י שאם לא בדק עד הלות לא יבדוק עוד וכן לרבנן לא יבדוק בפסח הא עובר על ב"י בודאי ושמא יאכל לא הוי אלא גזירה דרבנן וצ"ל דהר"ן סובר דרבנן גזרו שמא יאכל והעמידו דבריהם במקום תורה בשב ואל תעשה ולא שעובר בב"י. — והנה התוס' ר"ס כ"ט וכן סובר המהרש"א וכן דעת הב"ח שאינו עובר על חמץ א"י כלום ואפי' לא ביטל אלא שהתוס' הקילו יותר מהם שאפי' ידע מחמץ אלא שא"י היכן הוא אינו עובר והר"ן סובר דעובר. — ומ"מ נראה שאם בדק ואחר פסח מצא חמץ להר"ן בדעת רש"י וכן לב"ח מותר אח"פ דהא לא עבר אב"י ולא קנס ר"ש אלא היכא דעבר. אלא שאם לא בדק ולדעת הב"ח ומצא חמץ אח"פ ה"ז אסור דאף שאינו עובר מה"ת מ"מ מדרבנן עבר שהם אמרו לבדוק אבל אם בדק ומצא מותר להר"ן דהא יצא י"ח אפי' מדרבנן שהרי בדק כנ"ל. — ולהמהרש"ל מיירי מתני' שביטל דהי' לו דוחק לומר דהא דרב לא קאי על המשנה אלא דקאי על המשנה שצריך שיבטל ומ"מ פרש"י כדי שלא יעבור והייינו משום שלא סמכו על הביטול וכמ"ש הר"ן ועשו הבדיקה אף שביטל כדי שלא יעבור:

והנה על שיטת התוס' והב"ח דבחמץ א"י אינו עובר כלל קשה הפ"ח מהא דאמר לעיל כיון דבדיקת חמץ דרבנן דמדאו' בביטול בעלמא סגי המכוה רבנן בדרבנן ומוכח דכל שלא ביטלו הוי בדיקה שמן מה"ת והנלענ"ד דעל התוס' לק"מ דהא שכ' התוס' דאינו עובר דוקא אם הוא באופן שאפי' יחפש לא ימצא שא"י היכן נגרר החולדה אבל בבית הרגיל שאם יבדק ודאי ימצא מודי התוס' שצריך לבדוק מה"ת ושאם לא בדק עובר דהא יודע שבקל ימצא והוי מצוי לו ומשא"כ היכא דחיים מלכעם או בהא דהבודק שכבר בדק ולא מצא דפריך וכי משכח לבטלה שהביאו התוס' דהם הא לא מצא ואם לעפ"כ מצא א"כ אינו עובר למפרע דזו לא הוי מצוי אצלי אבל במקום הרגיל וקודם בדיקה ודאי מצוי אצלי מקרי וזהו ברור אצלי מאוד ולק"מ ועיין פנ"י דמוקי להא דכאמרים משום דמדאורייתא בביטול סגי בחמץ ידוע כדי שלא תקשה על התוס' והלשון אינו מורה כן אבל א"צ לזה דלענ"ד נראה אמת דכל חמץ אף שאינו ידוע אם הוא בבית רגיל הוי כידוע דהא ודאי ימצא כשיבדוק והוי מצוי והתוס' לא התירו אלא כשאינו מצוי והוא כשבדקה כבר ולא מצא — ועל הב"ח וכן נראה ממהרש"א הנ"ל ודאי קשה שהם סוברים אפי' בבית הרגיל א"צ לבדוק ולא לבטל מה"ת כלל ועליהם קשה הסוגי' דמדאו' בביטול סגי — והפ"ח ז"ל כ' ויותר מזה כי בתוס' פ' כ"ט דאפי' יודע שיש לו חמץ אלא שא"י היכן היא ע"ש ונראה מדברי הפ"ח שהתוס' הקילו יותר מהב"ח: ולענ"ד אדרבה הב"ח הקיל יותר דהתוס' לא הקילו אלא היכא שלא יוכל למצוא אבל הב"ח הקיל אפי' בבית הרגיל דהוי כחמץ ידוע ויודע היכן הוא דהא כשיבדוק מיד ימצא. —

והנה הטור סובר דאפי' בדק עובר למפרע אם מצא ולכך צריך לבטל ועי' מ"א מידי דהוי לאוכל חלב בשוגג, ומצד הסברא צדקו דברי הטור דהוא אינו מפרש כהר"ן דבדיקה וביטול כתיב בקרא וא"כ לא יצא י"ח על שביטל ואפי' סובר כרש"י דכן נראה מדבריו דרק ביטול נאמר בקרא תשביתו מ"מ כיון דס"ל שאין לבדיקה עיקר מה"ת א"כ מהיכי תיתי לא יהי' עובר למפרע אלא דקשה עליו סוגי' הש"ס ועיין פ"ח ופירושו א"א להלום בסוגיא ועי' מחה"ש:

דין ב.

דין ביטול ומאיזה טעם מהני.

הנה כבר נתבאר דעת רש"י דהביטול נאמר בקרא דתשביתו והתוס' חולקים ע"ז וסוברים דלא מתשביתו אלא דכשמבטל הוי הפקר ולא עובר על ב"י דשלך אי אתה רואה וכן תי' בספרי לא יראה לך בטל בלבך וכן הביא הר"ן דזהו דלא כרש"י ור"ל דאי מתשביתו א"כ למה הביא בספרי קרא דלא יראה לביטול א"ו כתוס' ומשום דלא הוי לך דהוי הפקר — והנה הר"ן ז"ל פי' הספרי כהתוס' דמשום הפקר נגע בה דאל"ה איך יליף מלא יראה לך ביטול הא אין כאן ייתורא דלך הא צריך לשלך אי אתה רואה א"ו דלאו ילפותא הוי אלא דמהני ביטול משום הפקר דהוי ג"כ אינו שלך — אבל הרמב"ן ז"ל בליקוטים על פסחים פי' הספרי כפרש"י דהיינו לא יראה לך שאור שלא יראה לך כשאור אלא כעפרא שלא יחשיבהו בלבו לשאור ולפ"ז עיקר דרשה הוי מתשביתו בלב אלא שהספרי אומר שגם בהלאו אנו נפרש אותו כן שהביטול בלב מלהיות שאור מהני, ועיין שהסכים הרמב"ן לפרש"י מכמה טעמים וחד מנייהו דהא בהפקר מסופק בירושלמי אי מהני או לא דלבעי שם שהפקיר שאלו מהו ועל הביטול לא מצינו מחלוקת והפקר וכ"ע מודי בו ע"ש וכמה אחרונים ז"ל לא ראו רמב"ן זה ופי' בירושלמי פי' אחרים עיין מק"ח: ורש"י ז"ל כיון מדעתו כן דבספק אמר דעובר וכמ"ש הרמב"ן אלא דהרמב"ן ז"ל אתי עלה מדאצטריך הכי קראי לנכרי שכבשתו ושלא כבשתו וא"כ הלי הפקר אין לדמות לנכרי שכבשתו דאינו עובר דהם יש לו עכ"פ בעלים הנכרי משא"כ הפקר שאין לו שום בעלים אסור דעובר ומ"מ מסיק שם שגם בהפקר אינו עובר—אבל הוא הגרוע ע"ש ונראה דלרש"י ז"ל אף דבהפקר ג"כ אינו עובר מ"מ אינו מקיים עשה דתשביתו אלא בביעור או בביטול בלב כעפרא דארעא אבל בהפקר אף שאינו עובר מ"מ לא קיים העשה וכן להתוס' ודאי שאינו מקיים העשה אלא דאינו עובר בבטול על ב"י וכ"מ שמי שקנה חמץ בפסח במזיד ועבר ב"י

דפסול לעדות אפי׳ הוליאו בפסח לר״ה והפקירו מ״מ לא קיים העשה ועבר על לאו ב״י וב״י ודו״ק:

עוד הקשה הרמב״ן ז״ל לדעת התוס׳ קשה אהא דאמר אחד שבת אחד יו״ט ומשכחת לה בשבת ע״ש ואי הביטול משום הפקר הא אסור להפקיר בשבת דהוי כמו״מ ע״ש, ונראה מהרמב״ן ז״ל כאי׳ בתורה דהפקר הוי קנין יולא מרשותו ודלא כהגאון קה״ח ז״ל שכ׳ לדעת הר״מ דהפקר משום נדר ולא הוי אינו שלו אלא אינו ברשותו ועי׳ לעיל כלל י״ב דאי הוי רק משום נדר ודאי דמותר בשבת ללורך, וא״כ הי׳ אפשר לתרך קו׳ הרמב״ן על התוס׳ כשנאמר דהם סוברים הפקר משום נדר ולא הוי קנין יולא מרשותו ואינו שלו אלא אינו ברשותו כשאר נדר ומותר להפקיר בשבת, ואין להקשות דלפ״ז אמאי מהני שלא יעבור ב״י הא גם בלא״ה אינו ברשותו אלא שהתורה עשאו כאילו ברשותו וא״כ מה הוסיף במה שמפקירו ועשאו אינו ברשותו וכן כי הקה״ח שם סי׳ רע״ג דמש״ה לא כלה רש״י ז״ל לפרש כדעת התוס׳ ע״ש, דלק״מ דהא שעשאו הכתוב כאילו ברשותו הייני אי הוי אינו ברשותו משום אי׳ חמץ משום שזהו שאינו ברשותו משום חמץ לא הוא שלו ולא עשה כלום אבל אם הפקיר והרי הוא אינו ברשותו משום ההפקר משוי שפיר ולא עשאו התורה כאילו ברשותו ותם פשוט — אלא דכבר כתבנו לעיל שם דלא כהקה״ח אלא דכ״ע מודי דהפקר הוי קנין יולא מרשותו ואינו שלו לגמרי ע״ש ועי׳ לקמן מ״ש בקו׳ רמב״ן ·

והנה בביאור הדבר לרש״י ז״ל דאמאי מהני ביטול זה פי׳ הרמב״ן ז״ל שם דס״ע משום דאותו חמץ בלא״ה אביד הוא ממנו שהרי הוא אסור בהנאה אלא שהתורה עשאו כאילו ברשותו ומשום שרולה הוא בקיומו משא״כ כל היכא שהוא מסכים לדעת תורה וביטלו בלבו שאינו רולה בקיומו ומשוי ליה כעפרא בעלמא תו אינו עובר עי׳ שם שהאריך וכי עוד דמש״ה מהני אפי׳ בלבו משום דמהני כמו יאוש ומשל לאבדה שהוא מתייאש ממנה בלבו ומהני היאוש כן כמי חמץ בפסח הרי הוא אבוד ממנו ומהני ליה הביטול בלב כמו יאוש באבידה וע״ש שכי עוד דמה שכי רש״י שאם לא ביטל ומלא חמץ אינו עובר אלא כשהם עליו כגע את הפרין על המדה דהא אם לא ביטל ולא הסכים לדעת תורה להיותו אינו רולה בקיומו עובר עליו למפרע, והקשה על רש״י ז״ל שאם נאמר שהטעם משום שחם עליה א״כ אפי׳ ביטלו כמי משמלא וחם עליה הרי חזר מהביטול וזכה לו מלירו דים זכות באיסורי הנאה כדמוכח מסה דע״ז דאמרי׳ דילמא מגבה לה והוי ע״ז של ישראל זהו כוונתו ז״ל שם:

והנה הא דהקשה אפי׳ בטלו אם חזר זכה לו חלירו ואמאי לא הקשה יותר הא כשחזר כתבטל הביטול מוכח דסובר הוא ז״ל דלא מהני מה שחזר בו לבטל את הביטול אף שהי׳ בלב מ״מ לא מהני חזרתו ועי׳ מ״ש הרב הבעטכורה והתוי״ט כ״פ ונראה מדבריהם דלא כהרמב״ן אלא דמהני חזרה מהביטול — והנה לפי׳ התוס׳ דהביטול משום הפקר ודאי דלא מהני חזרה שלו משום חזרה דהא בהפקר אינו יכול לחזור אם לא מטעם שקונה לו חלירו ואם החמץ אינו מוכח בחלירו לא מהני, והא שכתבו התוי״ט והבעטכורה דמהני חזרה שלו לבטל את הביטול היינו לדעת רש״י דאינו מטעם הפקר, ומ״מ הרי הרמב״ן ז״ל כי דלא מהני חזרה אף לפי׳ רש״י ז״ל מהביטול אם לא מטעם שקונה לו חלירו ול״ע על התוי״ט והבעטכורה, ובלא״ה דבריהם תמוהים בסוגי׳ שלנו כמבואר למעיין — והן אמת דמה שהקשה הרמב״ן ז״ל על רש״י דאם כשום שיחזור א״כ קונה לו חלירו כלענ״ד ליישב ע״פ מה שכתבתי והוכחתי לעיל כלל ח׳ דין ג׳ בדעת רש״י ז״ל שהוא סובר כהריטב״א בב״מ ק״ב שהבאתי לעיל כלל ז׳ דין כ״ב דחלר אינו קונה באיסורא ולא נתרבה חלר לקנות באי׳ אלא בגנב ולחייבו כפל אבל להיות שלו לא קנה וכמו שהבאתי שם שגם הר״מ ז״ל סובר כן וע״ש שהבאתי הכוב״י מהד״ק סי׳ י״ע שנסתפק בזה וכזה נ״ק קו׳ הרמב״ן ז״ל על רש״י. — והנה התוס׳ הקשו על דבריהם דביטול מטעם הפקר הא הפקר בעי שלשה ותי׳ מדאו׳ לא בעינן ג׳ ומדלא הקשו הא ביטול הוא בלב והפקר ודאי דלא מהני בלבו כלל וכן הקשה הר״ן מכלל דהתוס׳ סברי דלא סגי בלב אלא בעי אמירה וכן דעת שיטה אחת, אך הר״ן הקשה כן ועי״ד דלר״י בנדרים דמד שבא לרשות זוכה מלי חוזר הא לא מהני הביטול משום הפקר דעדיין עובר, ותי׳ הר״ן לדעת התוס׳ דכיון דבלא״ה אינו ברשותו של אדם אלא דעשאו הכ׳ כאילו ברשותו בגלוי דעת בעלמא דלא ניחא ליה סגי ע״ש, ומדכי כן להסביר לדעת התוס׳ ולדעת רש״י לא הסביר כלום מכלל דס״ל דלפרש״י דהביטול הוא מקרא דתשביתו ולא מטעם הפקר א״ל לסברא זו והא דמהני ביטול הוא מגזה״כ, וכן ראיתי בשאגת ארי׳ סי׳ ע״ז שכ׳ דלהתוס׳ ולפמ״ש הר״ן בסברתו לריה״ג דס״ל חמץ בפסח מותר בהנאה לא מהני ביטול בלב אלא בעי הפקר גמור בפני ג׳ דהא לא שייכי סברת הר״ן אלא לדידן דחמץ אסור בהנאה ובלא״ה אינו ברשותו, אבל לרש״י שסובר ביטול משום תשביתו גם לריה״ג מהני ע״ש שנוכח זה הקשה שם קושייתו על רש״י — אבל לפמ״ש הרמב״ן ז״ל גם לרש״י לא מהני הביטול אלא משום דבלא״ה אינו ברשותו ועשאו ה״כ כאילו ברשותו משום שרולה בקיומו וכשהסכים לדעת תורה זהו הביטול ומהני ולא״כ דוקא לדידן שאסור בהנאה וכמ״ש שם הרמב״ן משום דהחמץ אבוד ממנו שאסיר בהנאה אבל לריה״ג לא מהני גם ביטול של רש״י ז״ל — ומה שנמלא שם ברמב״ן דאפי׳ לריה״ג מהני ביטול זה תיבת ריה״ג הוא טעות הדפוס ול״ל אפי׳ לר״י ופי׳ לר״י דפליג ארבנן דנדרים דלא נפיק מרשותו עד דאתי לרשות זוכה וכמו שהביא בתחילה מר״י דנדרים כאיה לדברי רש״י ודלא כתוס׳ ע״ש, אבל לריה״ג ודאי דלא מהני ביטול לרש״י דהא לא מהני אלא משום דאסור בהנאה וכמ״ש שם בפי׳, ועי״ז סידוד קלת אמרנו ליישב בהא דריה״ג שהוא אינו חולק על הביטול אף דמתיר חמץ בהנאה והיינו לפמ״ש הקה״ח שהבאתיו לעיל כלל י״ב דמש״ה לא כלה רש״י לפרש כתוס׳ מטעם הפקר משום דסובר הפקר לא הוי אלא אינו ברשותו מטעם נדר אבל לא אינו שלו וע״ש שהסיכו דבריו ז״ל דלאמת הוי הפקר קנין יולא מרשותו ואינו שלו לגמרי, אבל מה שיש לדבר בזה הוא דלכאו׳ קשה על קו׳ הר״ן דמקשה היכי מהני האי הפקר הא בעי ג׳ וכן לר״י דנדרים הא להר״מ ז״ל דכל הפקר הוי נדר א״כ ודאי דאף אם הפקר בינו לבין עלמו אף דלא מהני היינו דלא הוי קנין ולא יולא מרשותו לגמרי שיהיה אינו שלו אבל ודאי דמ״מ אסור הוא לחזור בו מטעם נדר דהא נדר לא בעי שלשה וכן נמי ר״י דנדרים דאמר הפקר כמתנה היינו לענין דלא יולא מרשותו לגמרי עד דאתי לרשות זוכה אבל הא ודאי דמיד שאמר הפקר יהא אסור הוא למזור בו מטעם נדרו אלא שאם חזר בו ועבר על נדרו מהני לו ולא מלי תו אחר לזכות בו אבל מ״מ הוא אסור למזור בו משום נדר וא״כ ל״ק קו׳ הר״ן דכיון דבהפקר כזה הוי עכ״פ אינו ברשותו משום נדר סגי בהכי דלא הוי תו לך דלך הוי שלו וברשותו — אלא דהר״ן הכי מקשי מאי אהני ליה הפקר כזה אי לענותו אינו ברשותו למוד הא בלא״ה אינו ברשותו דהא אסור בהנאה משום חמץ ומ״מ עשאו הכתוב כאילו ברשותו ועובר עליו וא״כ אם יפקי׳ אינו ברשותו משום הפקר לא מהני אלא ע״כ לריך לעשותו אינו שלו לגמרי ולזה לריך דוקא בפני ג׳ ולר״י לא מהני עד שיכנס לרשותו של זוכה, ועי״ז מהני הר״ן שפיר דבגלוי דעת בעלמא סגי לענין ממון קל כזה לעשותו אינו שלו לגמרי, והא תינח לדידן ולר״א דאמר חמץ אינו ברשותו אבל לריה״ג דחמץ מותר בהנאה והוי שלו וברשותו וא״כ לדידיה מהני ביטול משום הפקר שפיר דלדידיה כל שעשאוהו אינו ברשותו תו אינו עובר עליו דלך הפי׳ שלך וברשותך אתה עובר והפקר גרוע אף שאינו קנין להיות אינו שלו לגמרי מ״מ מהני משום נדר עכ״פ להיות אינו ברשותו ותו אינו עובר ועיין פמ״ג בפתוחה להל׳ פסח שחקר במי שאמר חמלו בהנאה קודם איסורו אפשר דאינו עובר דהא שעשאו הכי כאילו ברשותו היינו אם אסור רק משום חמץ אבל לא מחמת איסור אחר ע״ש וים לגלד בזה לכאן ולכאן וכמ״ש לעיל בדין זה ע״ש ד״ה עוד:

והנה מה שהקשה הרמב״ן ז״ל על התוס׳ דמטעם הפקר קשה איך כשאי להפקיר בשבת כלענ״ד דלפי מה שפי׳ הר״ן בדבריהם ל״ק קו׳ זו דהא שאסור להפקיר בשבת היינו כשמפקיר באופן דהוי הפקר גמור בפני ג׳ וכדיכי הפקר אבל בביטול בלב אף שהוא ג״כ מטעם הפקר מ״מ הא לא מהני הפקר זה כלום אלא להפקיע אי׳ ב״י וב״י משום דסגי בגלוי דעת בעלמא לממון כזה דלא ניחא ליה בגווים ובכה״ג ודאי דלא דמי למו״מ כלל ומותר בשבת — והא שהקשה הרמב״ן ז״ל כן אתוס׳ משום דהתוס׳ ז״ל בעלמם לא סברו כדעת הר״ן כלל שהם הא תי׳ הא דבעי שלשה משום דמדאו׳ לא בעינן ג׳ ולא תי׳ כר״ן, אבל מ״מ לא ידעתי להבין קו׳ הרמב״ן ז״ל דעכ״פ כיון דמדרבנן בעינן בפני שלשה וא״כ א״א שיזכה בו אחר אף אחר הביטול דהא רבנן אמרו דלא מהני הפקר כזה לענין זכי׳ אלא דמ״מ אינו עובר ב״י משום דלענין הפקעת אי׳ ב״י סגי בשיפקיר בדין תורה וכיון דעכ״פ לא אפשר לאחר לזכות בו אפשר דלא אסרו חז״ל מו״מ בשבת כלל ול״ע. ובעיקר סברת הר״ן דסגי בגלוי דעת בעלמא פי׳ גם במק״ח ז״ל דהטעם משום דאדם יכול לסלק עלמו מדבר שלא בא לעולם כן פי׳ בסי׳ תל״ד ע״ש. ולענ״ד נראה יותר מה שמלאתי בפמ״ג דהוי ממון קל שלא עשאו הכי ברשותו אלא לעבור עליו ובממון קל כזה סגי בספקר כזה ובגלוי דעת גם בזה יש ליישב קו׳ המק״ח שם על הטו״ז ודו״ק:

והנה הר״ן הביא ראיה וכי דמוכח בגמ׳ נבי הא דסבודק לריך שיבטל דביטל מדין הפקר הוא והיינו דמייתי עלה ההוא דקופי תאנים דהאי מדין הפקר נגעו בה עכ״ל — ולכאו׳ אין להבין ראיית הר״ן דהא לעולם ביטול לאו משום הפקר ומ״מ הביא שפיר מהא דקופי תאנים אפירורין דממילא בטילי והם הוי הפקר דהא לא ביטל והאי קאמר אי משום פירורין לריך לבטל הא ממילא בטילי ופי׳ והוי הפקר ועי״ז מייתי מקופי תאנים דהוי הפקר אבל לעולם הביטול הוי יותר מהפקר ומאי זו ראיה, ונראה דהכי מוכח לה הר״ן דמאן דסובר ביטול לאו מטעם הפקר ע״כ מש״ה סובר כן משום דסובר הפקר לא הי׳ מהני וכמ״ש הרמב״ן ז״ל באמת דבהפקר מספקא לי׳ בירושלמי וביטול יותר טוב מן ההפקר ועי״ז קשה לו לר״ן דא״כ מאי פריך בגמ׳ מ״מ לריך לבטל אי משום פירורין הא ממילא בטילי והוי הפקר דילמא לעולם שלריך לבטל משום פירורין ואי דהוי הפקר הא מ״מ לריך ביטול להוי יותר

יותר מהספק וכשפרא דאלעא דהספק לחודא אפשר דלא מהני וזהו שכ' הר"ן דמדהוצרך להביא מהא דקופי תאנים אפירורין והא דקופי תאנים הא הספק הוי ע"כ שגם פירורין דבטילי מאליהן לא הוי אלא ספק דאי אמרת שהם גרועים ויותר בטילי מספק א"כ למה הוצרך להביא דין פירורין מקופי תאנים והא קופי תאנים ודאי דלא הוי אלא ספק א"ו דפרורין כמו דבטילי היינו שהם הפקר וא"כ חזינן דכל ביטול לא הוי אלא הפקר דביטול של פירורין שבא מאליו לא הוי אלא כביטול שהוא מבטל דאי מה שהוא מבטל יותר טוב א"כ לא צריך עידי ולאפשר שצריך ביטול לפירורין זהו כוונת הר"ן ז"ל, ובאמת קושי' הוא דלפי מה שהבאנו מרבינו הרמב"ן ז"ל הא דלא ניחא ליה לרש"י לפרש משום הפקר ה"נ משום דהביטול בלב יותר מהני וא"כ מאי צריך דילמא אף פירורין בעי ביטול בלב ולא מהני הפקר שלהם. — אלא שאם זהו כוונת הר"ן גם קו' זו לק"מ דודאי לעולם דביטול לא מטעם הפקר אלא עדיף מיניה ומ"מ צריך שפיר אי משום פירורין הא ממילא בטילי והוי הפקר וכיון שכן תו לא מהני ביטולי לאותן פירורין כלל דהא לא מצי לבטל דבר שאינו ברשותו והוי הפקר ממילא — וע"כ נראה דהר"ן רק אלשון ביטול קמקשי דמדאמר פרורין ממילא בטלי והביא מקופי תאנים ואם כן לשון בטילי הוי הפקר וממילא דכל לשון ביטול הפקר הוא ועדיין צ"ע:

דין ג.

בטול לחמץ ידוע.

הנה דעת רוב הראשונים דמהני ביטול גם לחמץ ידוע אלא דעת הגאון בכל בו דלא מהני ביטול אלא לא"י אבל לחמץ ידוע לא מהני ביטול וכן יש גירסא אחת בר"מ ז"ל, והאחרונים האריכו בדין זה — ונראה שהשיטה זו סוברת כדעת רש"י דהביטול משום דלא כתוס' ומטעם הפקר ודאי שאין לחלק אבל סובר כרש"י וסובר כמו דהתורה כתבה שני דרכים בדיקה וביטול והיי' קשה לו לגאון ממה"ם אי מהני הביטול לידוע ג"כ א"כ למה שני בבדיקה ול"ל הביעור כלל כיון דאפשר בביטול א"ו כשכתבה התורה הרי לאו בנוכח הדא אלא דבחמץ ידוע ע"כ צריך לבערו מן העולם ולא סגי בביטול כל שאפשר לבערו אלא בחמץ שא"י שא"א לבערו סגי בביטול, ולפי דעתי זהו סברת הב"ח בדעת הגאון ובזה מתרץ הב"ח כל הקושי' שהקשו על הגאון וקבלתו דכיון דהא דמחלקינן בין ידוע לאינו ידוע ה"נ משום דכל שידוע לו ואפשר בביעור לא מהני הביטול א"כ ממילא דאף בידוע כל שהוא אנוס ואינו יכול לבערו מהני הביטול דזה הוי כחמץ אינו ידוע דז"ל בתר טעמי' לחמץ א"י אמאי מהני ביטול משום שא"א לבערו א"כ הא זה כמי א"א לבערו ומהני כמי ביטול אף שהוא חמץ ידוע — ויש לנו עוד להסביר יותר ולומר דכל שאתה יכול לבערו אם לא תבער אלא תבטל הרי הערמה ניכרת דאמאי לא תבער אם הביטול בלב שלם א"ו שאין הביטול בלב שלם כלל אבל היכא שהוא אנוס מלבער או באינו ידוע דאין הוכחה שאינו רוצה לבערו אז מהני הביטול וסברת הב"ח נכונה מאוד, ובחנם השיב עליו הפר"ח — והא דהקשה הפר"ח דהב"ח סותר א"ע שהוא פסק בחמץ א"י א"ל לא לבטל ולא לבדוק וא"כ ע"כ הא דתשביהו בביטול לחמץ ידוע ופוסק כגאון דחמץ ידוע לא מהני ביטול לק"מ לענ"ד דהב"ח פסק בחמץ א"י א"ל ומ"מ פסק כגאון והב"ח היכא דלא הי' לו עצים לר"י או היכא דלא אפשר לבערו באופן אחר ומהני ביטול ודו"ק:

דין ד.

ביעור חמץ שריפה לר"י ואימתי זמן השבתה שבתורה.

ר"י אומר אין ב"ח אלא שריפה הכי אר"י אימתי כו' שלא בשעת ביעורו אבל בשעת ביעורו השבתתו בכ"ד פרש"י שלא בשעת ביעורו בתחילת שש וכל שש דאיכא מלאו' שרי אבל בשעת ביעורו בשבע שהוא מוזהר עליו מה"ת בכל דבר ופריך בגמ' טורח זה למה ימתין עד שעת ביעורו אם אין לו עצים וישביתנו בכ"ד. — ולקמן דף כ"ז אמרי רבנן לר"י כל דין שאתה דן תחילתו להחמיר וסופו להקל אינו דין לא הי' לו עצים יהיה יושב ובטיל והתורה אמרה תשביתו בכ"ד פרש"י לאעיג דאר"י בשעת ביעורו השבתתו בכ"ד מ"מ גבי פלוגתייהו הוי קולא וכגון מפרש בשיירא או תוך ל' שאם לא יהי' לו עצים יהיה יושב ובטיל והכי אמר תשביתו ע"ש:

והקשו בתוס' אהא דפרש"י משבע ואילך בכ"ד הא מנותר יליף לה ר"י ונותר הא לאחר זמן א"י בשריפה עוד הקשו איך ימתין עד אחר שבע הא דילמא אתי למיכל מיניה, עוד הקשו האחרונים ז"ל הא ר"ע אמר מצינו להבערה שהיא אב מלאכה וא"כ קשה הא ר"ע ביו"ט מיירי וזהו לאח"ז איסורו ור"י מודה שהשבתתו בכ"ד ועיין שאגת ארי' ופרי' שהאריכו הרבה עוד קשה לי מאוד הא בתורה לא כתיב אלא חד קרא תשביתו וא"כ הא ע"כ הא דיליף ר"י מנותר הוי פירושו של תשביתו וי"ל דלר"י הא דאמרה תורה תשביתו פירושו בשריפה וא"כ איך אפשר לחלק קרא זה בין קודם זמן א"י לאח"ז ולומר דקודם זמן אתה מקיים תשביתו בשריפה ולאחר זמן אתה מקיימו בכ"ד כיון דהפי' של תשביתו בשריפה כן צריך להיות בכל זמן שייך תשביתו, ואין לומר דהא דסגי לר"י אחר זמן בכ"ד לאו משום תשביתו אלא כדי שלא יעבור בב"י וב"י ובאמת אינו מקיים העשה כלל וזהו א"א לאמרו כלל דא"כ תיקשה מאי צריך ימתין עד שבע וישביתו בכ"ד הא אם ימתין לא יקיים העשה אלא שלא יעבור וצריך הטורח לחזור אחר עצים כדי לקיים גם העשה של תשביתו א"ו ע"כ צ"ל שגם העשה יכול לקיים אחז"א בכ"ד וקשה כנ"ל וכל מה שפירשו בו האחרונים ז"ל לא הונח ולא נתיישב לי כלל: —

והנה עוד פליגי רש"י עם תוס' ז"ל בענין ביטול כנ"ל דרש"י סובר תשביתו הוי ביטול והקשו שם בתוס' ג"כ שהי קו' הדא דהא אך חלק כתיב וזהו אחר זמן איסורו ואז א"א לבטל ועוד הקשו מהא דר"ע מצינו להבערה וא"כ תשביתו הבערה ולא ביטול, עוד הקשו האחרונים ז"ל אמאי לא מהני לר"י קודם זמן א"י לרש"י השבתה בכ"ד שהוא יבער מפרר וזורה לרוח מבטל בעלמא דמהני, עוד הקשו' השאגת ארי' אהא דאמרי רבנן לר"י לא מצא עצים יהיה יושב ובטיל הא אם לא מצא עצים צריך הוא לבטל ויקיים ג"כ העשה לשיטת של רש"י ע"ש. והנה כל המפורשים האחרונים ז"ל כלאו לתרץ דברי רש"י ז"ל ולא עלה בידם לסלק כל הקושי' וליישב כל דבריו ז"ל:

ונלענ"ד ליישב כל דברי רש"י ז"ל, דהנה התוס' כתבו דלרש"י משבע ואילך השבתתו בכ"ד, וברש"י לא נמצא כן אלא בשעת ביעורו בשבע ולא נמצא משבע ואילך כמ"ש התוס' — והנראה שהתוס' ז"ל סברי דשעת ביעורו שאמר ר"י הוי לפרש"י משבע ואילך דהיינו מתחילת שבע עד ערב או עד אחר פסח, ועכ"פ יצא לנו שזמן של השבתה הנאמר בתורה לא הוי קודם שבע אלא אחר שבע — ואמת שכן נמצא ברמב"ם ובתשו' הרמב"ם שכתב דמש"ה אין מברכין על הביעור בשעת שריפה שמקיים מצות עשה מה"ת משום דקודם זמן איסורו ליכא עדיין מצות השבתה דהיינו שריפה דלמה ישרוף בשעה שמותר לאכול א"ו אחר זמן איסורו מצות השבתה ואינו מבער קודם זמן א"י אלא שלא יבוא לאכלו וליכא מצות עשה ע"כ — ולפ"ז גם הרמב"ם סובר דזמן השבתה שנאמרה בתורה לא הוי עד אחר חצות אחר שהחמץ נאסר: אבל הרמב"ן ז"ל בליקוטים שהבאנו לעיל כ' על קו' התוס' שהקשו על רש"י ז"ל שסובר תשביתו היינו ביטול והקשו מאך חלק דהוי אחז"א וכ' הרמב"ן ז"ל שאינה קו' דאי אמרת כמי מבערו האיך צוה לבער אחר חצות שלא כבר עבר עליו א"ו שיהי' מבוער או מבוטל בחצות קאמר ע"כ:

והנה סובר הרמב"ן ז"ל מילתא בטעמא דזמן השבתה האמורה בתורה הוי קודם שבע דמיד אחר שבע הא עובר, ואי קשי' הא מותר לו לאכול ואיך כתבה התורה לשרוף ולהשביתו וכמ"ש הרמב"ם י"ל שהזמן של השבתה הוי ברגע של התחלת שבע באופן שזמן איסורו עם ההשבתה באים יחדיו תמם וזהו זמן ושעת ביעורו לרש"י ורמב"ן ז"ל — ולא ביארו לנו האחרונים ז"ל דבר זה אימתי זמן השבתה ממש שכתבה התור' ולפ"מ שהשגה"י מצאנו לה פלוגת' דהתוס' ז"ל והרא"ש סוברים שזמנה אחר חצות ונמשך עד ערב וקודם שנאסר ליכא עדיין מצות השבתה ורש"י והרמב"ן סוברים שזמנה עד שלא נאסר והיינו בתחילת הא"י ונראה טעם מחלוקתן דהתוס' והרא"ש שהם סוברים דליכא לאו של ב"י וב"י עד הלילה וא"כ מש"ה לדידהו הוי משבע ולמעלה מצות השבתה דהא לא יעבור עדיין על ב"י ואף דמ"מ מיד אחר ז' הוי המצות היינו משום שהוי מצוה לא משהינן אבל עד הלילה זמנה, ורש"י והרמב"ן סוברים דאיכא ב"י וב"י מיד אחר חצות וא"כ איך תאמר התורה להשבית אחר חצות א"ו שיהי' מושבת בחצות, אלא דלפמ"ש להשוות הרמב"ן ז"ל עם סברת הרמב"ם שכי דלאו סברא הוא דעד שהוא מותר לאכלו תאמר התורה להשביתו וכן כ' הרמב"ן ז"ל עצמו סברא זו במלחמות על הבעל המאור שסובר לר"מ השבתה הוא על ידי אכילה ע"ש — ומש"ה נראה ברור שזמן השבתה בשריפה הוי מיד בהתחלת שבע וכמ"ש לעיל דעד זמן שהיא מותר לאכלו — וזו שאמרנו שהזמן הוא בתחילת שבע ר"ל שיתחיל בעוד שאינו עובר דהיינו רגע אחת סמוך לשבע באופן שיגמור השריפה בתחילת שבע שהרי רש"י ז"ל סובר השבתה היא ג"כ ביטול וא"כ ע"כ צריכה להיותה בעוד שמותר לו החמץ ושמהני הביטול:

ואמנם נראה ברור דלדעת רש"י ז"ל מי שמשבית החמץ קודם חצות אף שעדיין אינו מחויב להשבית החמץ דהא מותר בו מ"מ הוא מקיים מצות השבתה שבתורה רק לא חייבו קודם לכן אבל מי שירצה להקדים הוא מקיים המצות עשה דכן מצינו לדעת רש"י דאפי' יוצא בשיירא או תוך ל' מקיים מצות עשה במה שמשבית אז אף שאינו מחויב עדיין מה"ת וזה דלא כהרא"ש הנ"ל. ובטעמא דמילתא למחלוקתם נראה דלרש"י והרמב"ן ז"ל שמפרשים קרא דאך חלק שיהי' מושבת בחצות א"כ לא נתנה התורה זמן מוגבל להתחלת הזמן של המצוה אלא לסוף הזמן אבל להתחלת הזמן לא נתנה התורה זמן מוגבל אלא שיהי'

מושבת בחצות וא"כ מתי שיחול קודם ישבית ויקיים המצוה. אבל לפי הרא"ש והתוס' שהתורה אמרה אך חלק מחצות ואילך א"כ נתנה התורה זמן להתחלתה דהיינו מחצות וצדקו דברי הרא"ש לשיטתו שאין מברכין משו"ה משום דקודם לכן ליכא שום מצוה ואינו מקיים שום מצוה בהשבתה זו כיון שיש לה זמן מוגבל להתחלתה וכ"ז ברור ואמת:

והנה לרש"י ז"ל אליבא דר"י ליכא אלא תרי גווני דהשבתה או שריפה שהיא השבתה בידים או ביטול שהיא השבתה שבלב ומהני ג"כ כמו השבתה בידים וכמו שביאר הרמב"ן ז"ל דהחמץ שהוא אסור בהנאה בלא"ה מהני הביטול שעושהו כעפרא דארעא. — ומ"מ נראה דיש חילוק ביניהם דהשורף את החמץ אזי מקיים העשה של תשביתו מיד בשעת שריפה אבל כשמבטל אינו מקיים העשה מיד דהרי אז מותר הוא לו ולא מהני לו ביטול הגרוע זה לדבר המותר אלא כשבא הזמן של האי' אז מסייע לו האיסור וכשחל האיסור חמץ זה שביטלו אז נעשה כעפר ואז נתקיים הביטול וקיים המצוה וזהו הסברא אמרתי מעצמי ומצאתיה אח"כ להגאון מהר"ש א"ש בספרו שגם הוא ז"ל כ' כן ושכן נמצא בשאג"א ע"ש. — ואמנם השבתה שסברו רבנן דר"י דהיינו מפרר וזורה לרוח לא הוי לר"י השבתה כלל שאין זה מבוער ממש מן העולם אלא שריפה. אבל מ"מ נראה דבהא ודאי שצדקו דברי אחרוני ז"ל דלא נגמר השבתה זו מביטול בעלמא ואדרבה נראה דמיד כשלוקח החמץ בידו לפררו נעשה הביטול שהרי בלבו נעשה מיד כעפר שאח"כ הוא מפררו. אלא שבאמת רק מצד הביטול שבו הוא דמהני השבתה זו לר"י אבל מצד ההשבתה בעצמה לא מהני כלום דהשבתה לא הוי אלא שריפה שמבערו מן העולם ונהפך לדבר אחר והיא האפר. אבל הא דמהני לר"י בכ"ד היא מצד הביטול שבו דהא הוא מבטלו בלבו. — ועוד אחת יש לי לומר דלפמ"ש דכשהוא מבטל אינו מקיים העשה של תשביתו עד שבא הזמן של איסור א"כ מי שביטל חמצו קודם זמן איסור ואח"כ בא כלב או נכרי ואכל את החמץ ה"ז לא קיים המצות עשה של תשביתו אף שאינו עובר בל יראה משום שאינו בעולם אבל היא לא קיים המצוה דהא הוא לא עשה בידים כלום דהרי לא אבדו הוא אלא שביטלו וביטול זה הא לא קיים העשה עד זמן איסור וכשבא הזמן ולא מצא חמץ לעבור עליו איך נתקיימה העשה א"ו לא קיים העשה אלא שאינו עובר. — ואשר כל אלה הנאמרים באמת ובצדק נוטה לבאר דברי רש"י ז"ל עד שלא נשאר שום פקפוק על פירושו ז"ל. — ונאמר דלפי דעתי מה שכ' רש"י ז"ל על ר"י דבשעת ביעורו השבתתו בכ"ד אין ר"ל משבע ואילך וכמ"ש התוס' דהא ר"י לא אמר אלא בשעת ביעורו ולא אחר שעת ביעורו ושעת הביעור הוי לרש"י ז"ל ולפמ"ש הרמב"ן ז"ל בסוף שש ותחלת שבע וכמ"ש כ"ז לעיל. — והיא שעת ביעורו של תורה והתוס' הוא שכ' כן משבע ואילך משום דלדעתם הוי שעת הביעור אחר חצות אבל רש"י הא סובר דשעת הביעור הוי קודם דהיינו סוף זמן שמחויב להשביתו הוי סוף שש ותחילת שבע. וא"כ לפי דעתינו שי' רש"י כן היא דודאי מי שנשאר לו חמץ עד אחר זמן הביעור ה"ז לר"י בשריפה ככותר דהא אין לר"י השבתה אלא שריפה שמבערו מן העולם והא דאר"י בשעת ביעורו בכ"ד היינו בזמן שנתנה התורה להשבית דאז הוא דמהני בכ"ד משום דאז הא מהני הביטול ג"כ דעדיין לא בא לכלל איסור שלא יהי' מהני הביטול דהא השבתה שבתורה הוי ג"כ ביטול וא"כ אז בסוף שש שהיא זמן השבתה מה"ת ברגע זו מהני השבתה בכ"ד דהא ביטול ג"כ מהני אז וא"כ בכ"ד אף דלא הוי השבתה זה שמפררו מ"מ הביטול שבו מהני דהא מיד כשלוקחו בידו ע"מ לפררו הוי ביטול בלב אבל אחר זמן של שעת ביעורו שנאסר ולא מהני ביטול גם השבתה של כ"ד לא מהני אלא שריפה אלא דלא נמצא מפורש כן בדר"י ורבנן משום דלא פליגי אלא במי שבא לקיים מצות השבתה כתקנת חכמים בשש או במפרש ויוצא בשיירא או תוך ל' במה מקיימה דרבנן סברי דכ"ד נמי מקרי השבתה ור"י סבר דלא מקרי השבתה אלא שריפה שמבערו ממש מן העולם ונהפך לאפר אבל במפרר לא הוי השבתה כדיליף מנותר ועי"ז אר"י אימתי אני אומר בשריפה בשש וכו' שם שהוא מותר מה"ת עדיין דאז לא מהני השבתה של כ"ד ואף דביטול מהני ובהשבתה זו ג"כ יש בה ביטול מ"מ לא מהני דכשמבטל ונשאר החמץ בעין וכשבא זמן איסורו של תורה מצא חמץ שהי' ראוי לעבור עליו אם לא הי' מבטלו וזה ביטלו ועתה כשנאסר חל ביטול שלו והוי כמו שנשרף עתה והוא קיים מצות עשה של תשביתו מה"ת בזמנו אבל כשמפררו קודם זמן איסור וכשבא האיסור לא מצא חמץ ראוי לעבור עליו אם לא ביטלו ה"ז לא קיים מצות השבתה כלל דהא אין כאן חמץ ראוי לעבור עליו דאף בלא בטול שלו לא הי' עובר עליו עתה דהא החמץ מפורר וכאבד וא"כ הא ודאי שאינו עובר עליו אבל הוא לא קיים מצות עשה כלל וכמ"ש לעיל. ודו"ק בסברא זו כי היא אמיתית ודבר נפלא: והנה אר"י אימתי אני אומר קודם זמן ביעורו של תורה דאז צריך דוקא שריפה כדי לקיים המצוה מיד או ביטול כדי שיהי' החמץ בעין בשעת ביעור של תורה והוי כנשרף אז ע"י ביטול שלו שחל אז עם האיסור והאיסור מסייעו אבל כשמפרר לא מהני דהרי הפירור לא הוי השבתה והביטול שבו לא מהני דהא עדיין מותר מה"ת ולא מהני מה"ת ביטולו זה הגרוע וכשבא האיסור כאבד החמץ ואכלו כלב וליתא כאן לשום הביטול ולקיים העשה ונמצא זה לא קיים העשה אלא שאינו עובר אבל התורה אמרה לקיים בחמץ שלו גם עשה דתשביתו אבל בשעת ביעורו של תורה ברגע שאמרה התורה תשביתו אז כמו שיכול לבטל כן נמי מהני פירור וזורה דהא יש כאן ביטול בזמן איסור דהיינו רגע אחת קודם שבע כשלוקחו לפרר באופן שבתחלת שבע בא הביטול והאיסור יחדיו ואז קיים העשה בזמנה דהא עד שהוא מותר לאכלו לא ציותה התורה להשביתו אלא ברגע אחרונה ואפשר לצמצם מה"ת ואז יכול להשביתו בכ"ד משום הביטול שבו אבל אם נשאר לו חמץ באיסור שלא ביער בזמנו בהא ודאי צריך שריפה דהא תו לא מהני ביטול וזהו פשוט בדברי ר"י אלא דלא איירי מזה כלל ולא נשמע אלא מר"ע שאמר אי ביו"ט מאינו להבערה שהיא אב מלאכה ואז הא הוי אחר זמן איסורו. והנה לפמ"ש ליכא לר"י אלא שני מיני השבתה או שריפה או ביטול וכיון דחז"ל לא סמכו על הביטול ממילא לא נשאר אלא שריפה דהא השבתה בכ"ד לא מקרי השבתה ואף שהיא מותרת מדרבנן נמי דהא שלא סמכו על הביטול היינו אם לא מפרר וזורה לרוח אבל כשמפרר לא גזרו רבנן כלום והי' מותר מדרבנן נמי אלא דלא מהני משום דע"י השבתה זו לא קיים העשה משום דהשבתה זו לא הוי השבתה והביטול שבה אינו מועיל לקיים העשה וכמ"ש לעיל משום שכשבא זמן איסור ליתא לחמץ ולא נתקיימה העשה. — וזהו דפריך בגמ' כשאמר רבא דטעם של ר"י לא הוי משום דבעי אכשי דלא בעי אכשי אלא משום דיהבי לי' זמן ללקוט עצים פריך שפיר טורח זה למה ימתין עד שעת ביעור של תורה וישביתנו בכ"ד דהא אז מהני משום הביטול שבו דהא לא קשי' לי' שיבטל דהא חז"ל לא רצו לסמוך על הביטול שמא לא יבטל היטב ויעבור על ב"י וכן להשבית קודם ע"י כ"ד לא מהני לר"י משום קיום העשה וכמ"ש אבל כשימתין עד זמן הביעור של תורה ממש כיון דלא בעי אכשי יכול להשביתו בכ"ד ויקיים העשה ע"י הביטול שבו וגם תקנת חז"ל נתקיימה דהא על ביטול כזה שהוא מפרר וזורה ודאי יש לסמוך דהא לא יעבור ב"י דליתא לחמץ כלל. — ולי"ק ע"ז שום קושי' מקו' התוס' דילמא אתי למיכל לק"מ דהא עתה הוא משבית ברגע המותרת לו כשנוטל לפרר ולא בעי אכשי בין רגע לרגע, בה"א עתה וקו' זו בלא"ה לק"מ כמ"ש הפ"י ע"ש. — ולקמן דפריך לי' רבנן לר"י הא קופו לסקל כשלא יהי' לו עצים ופרש"י דלע"ג דאר"י בשעת ביעורו בכ"ד וא"כ יכול להמתין וליכא קולא ומ"מ יש קולא במפרש ויוצא והיינו דאז אם לא יהי' לו עצים יהי' יושב ובטל ממצות עשה שאם ישרף לא יקיים העשה כלל וכמ"ש לעיל וגם אם יבטל וכמו שהקשה השאגת ארי' לק"מ מתרי טעמי חדא דהא חז"ל לא סמכו על הביטול ושיהי' החמץ נשאר בעין דילמא לא יבטל יפה וכמ"ש הר"ן דלאו כל הדיעות שוות ואי יפרר ג"כ דאז ליכא חששא דחז"ל מ"מ תו לא יקיים העשה ועוד לק"מ דהא אם יבטל במפרש ג"כ לא יקיים העשה לפי הסברא שכתבנו דהביטול אינו מועיל לקיים העשה אלא כשבא זמן האי' ומצא חמץ שהי' ראוי לעבור עליו בלא הביטול ואז מקיים העשה אבל במפרש לשיירא שהדין שאם לא עשה כלום ג"כ אינו עובר בב"י על חמץ שלו דהוי כנפלה עליו מפולת וכמ"ש הר"ן וכיון שכן אף שביטל עתה לא קיים העשה דהא בשעה שבא האיסור ושיחול הביטול לא מצא חמץ ראוי לעבור עליו ב"י ולא קיים העשה ורבנן אמרו במפרש שמחויב לקיים העשה וכן אפי' לא הי' שום תקנה מ"מ הא הוא רוצה לקיים המצות עשה בחמץ שלו ושפיר הקשו רבנן שזה כשלא יהי' לו עצים לא יקיים העשה כלל דהרי הוא לא יעבור על ב"י וב"י על חמץ זה כשלא יהיה בביתו וא"כ אם זו לא הוי השבתה וקיום העשה מיד לר"י למה יפרר וזורה עתה הואיל ובזה לא יקיים העשה לעולם אלא בשריפה שהוא משביתו מיד אבל בביטול למה יבטל ולמה יפרר כיון שלא פעל כלום לקיום העשה ויהי' יושב ובטל — הנה לפמ"ש לא נשאר שום קושי' על רש"י ז"ל לא קו' התוס' ולא קושי' האחרונים ומקום הניחו לי מה"ש שכל מה שכתבנו הם דברים ברורים כשמש — ויש לי ראי' ברורה ממ"ש הרמב"ן ז"ל על קו' התוס' שהקשו על רש"י דתשביתו היינו ביטול מהא דר"ע שסובר שריפה ותי' הרמב"ן ז"ל שני תי' חדא דתשביתו גם שריפה במשמע ועוד דהא ר"ע לאח"ז איסור איירי שכבר נאסר וע"כ בשריפה דהא ילפינן מנותר ע"ש והנה הרמב"ן ז"ל מתרץ כן דברי רש"י ז"ל והיא שלא הזכיר הרמב"ן ז"ל דלרש"י אחר זמן איסורו לא הוי בשריפה לר"י אלא קודם זמן איסורו, אלא ודאי דהרמב"ן ז"ל מפרש דברי רש"י ז"ל כמ"ש דרק בשעת ביעורו בכ"ד דהיינו בזמן השבתה שנתנה התורה ולרמב"ן ז"ל בדעת רש"י הוי זמן השבתה של תורה סוף שש ותחילת שבע וע"ז אר"י שיכול להשבית בכ"ד שזהו שעת ביעורו ומטעם שכתבתי אבל אחר שעת ביעורו אם נשאר לו חמץ לר"י בשריפה ומש"ה כ' הרמב"ן כן ויש לו תנא גדול דמסייע לי וה' יראני נפלאות מתורתו אמן :

והנה הר"מ ז"ל כ' פ"ב מחמץ ולפיכך אם לא ביטל קודם שש ומשש ולמעלה מצא חמץ כו' ה"ז עובר עליו ב"י וב"י ע"כ וכתב הראב"ד אולי סובר זה שמחזר משש ולמעלה עובר בב"י ואינו כן דשבעת ימים כתיב ע"כ וכ' הכ"מ שממ"ש בפתיחה מוכח דאינו עובר אלא בפסח ובנוב"י מהד"ק סי' כ' האריך להוכיח דהר"מ סובר שעובר

אחר

אחר חלות ע״ש — ולענ״ד נראה פשוט דעוכח מהרי״ט ז״ל דעובר אחר חלות והיא מתו״ס כ״ש פ״ב מצות עשה מה״ת להשבית החמץ קודם זמן איסור אכילתו והנה הוא סובר הפי׳ באך חלק שיהיה החמץ מושבת בחצות וכמ״ש הרמב״ן ז״ל לדעת רש״י וקשה מנ״ל כן הא אדרבה יותר סברא לומר כמ״ש התוס׳ דזמן השבתה הוי מאך חלק אחר חלות אלא ודאי מוכח דסובר הרי״ט שמיד אחר חלות עובר וא״כ ע״כ אך חלק שיהי׳ מושבת בחצות קאמר וזהו ראיה ברורה דלדעת הרי״ט עובר אחר חלות בב״י ובב״י:

והנה כמ״ש הרמב״ן לדעת רש״י שעובר אחר חלות בב״י כן כ׳ החיים ז״ל והוכיח כן מרש״י ב״ק כ״ט שכ׳ שם שעובר בב״י אחר חלות, אבל מהרש״ל כ׳ דף י׳ ע״ב ד״ה הרש״י דמוכח מהא שכ׳ רש״י דאסר שם השבתתו בכ״ד ומורה זה למה ימתין עד אחר שש דאינו עובר בב״י אחר חלות ע״ש והנה לא ראה דברי הרמב״ן בליקוטים שהבאתי דסובר אחר חלות עובר וגם לא מוכח מידי מהרש״י דימתין לפמ״ש לא כיון רש״י ז״ל שימתין עד אחר חלות אלא עד שעת שביעור של תורה שהוא בסוף שש ותחילת שבע דעדיין אינו עובר וסובר השתא דלא מעי אכשי אפי׳ רגע אחת ולכך פריך, וכן ראיתי בכוב״י שם סי׳ כ״א שכ׳ שם ד״ה וכן דבא״י עשה לא עביד רבנן הרחקה מהא דהרש״י מורה זה למה ימתין וק׳ הא אי עשה יש בה הרחקה ואיך ימתין דילמא ישהה ע״ש שכ׳ עוד הא לרש״י עובר בב״י ואיך ימתין א״ו משום שהוא בשב ואל תעשה לא עשו רבנן הרחקה ע״ש שדבריו ז״ל תמוהים מאוד דעכ״פ מנ״ל להקשות כן שימתין דילמא עביד הרחקה אלא דלקיים דלפי מה שאמר רבא דלא מעי אכשי כלל לקיים ויכול להמתין, עוד יש ליישב קו׳ זו של מהרש״ל וכוב״י דקו׳ הגמ׳ היתה דלמה יצריך להביא עליה הא יכול הוא לבטל קודם אלא דלא סמכו על הביטול לחודא שמא לא יבטל יפה וא״כ כשיבטל וא״כ ישביתו בכ״ד הרי ילא גם ידי דרבנן דהו לא יעבור וליכא למיחש למידי אלא שאם ישרף קודם לא יקיים העשה וכמו שכתבנו לעיל אבל כשיבטל קודם וישרף בשעתו או אחר שבע א״כ הא קיים העשה ע״י הביטול ועל השם חז״ל הא משרף וליכא תו חששא דב״י ושמא לא ביטל יפה וזה נ״ב נכון ולקמ״ש ודו״ק:

כלל יח.

חמץ לאח״פ שלו ושקיבל עליו אחריות.

דין א.

איך חייב בקבלת אחריות.

חמץ של נכרי שקיבל עליו אחריות עובר עליו בל יראה. ופליגי בה הפוסקים לרש״י כפי מה שכ׳ התוס׳ ק״ש שאומרין ופי׳ כל הנשבעין אינו עובר אלא באחריות אונסין ולרוב הפוסקי׳ אפי׳ בגניבה ואבידה ויי״א אפי׳ בפשיעה והר״ן ז״ל סובר דוקא אחריות גניבה ואבידה ובזה חייב אפי׳ בנכרי אנס ועיין פר״ח שכ׳ טעם אמאי פטור בפשיעה וליזיל לכאן ולכאן — ולענ״ד נראה בפשיעות דהר״ן לשיטתו א״א לומר שעובר על חיוב פשיעה דהרי הר״ן סובר דכל הנהו שנתמעטו מדין שומרין מ״מ בפשיעה חייב ומשום דכל פושע מזיק הוא וכן הי׳ רש״י כמבואר ש״ך חו״מ סי׳ ש״ו ס״ק קכ״ו ולפ״ז לא שייך כלל חיובא דפשיעה לענין ב״י דהא דאמרי׳ קיבל עליו אחריות חייב ועובר כ״ל דה״ט משום דכיון שאם נאבד חייב הוא לשלם ע״כ ה״ט דאמר ליה בעל החמץ בלך נאבד ולא שלי דלי ממון אתה חייב וא״כ אם נגנב או נאבד הוי שלו ושלו נאבד דאי לאו האי טעמא לא הוי חייב דמה עשה הוא שיהי׳ חייב הא לא פשע א״ו דקנה לענין זה שאם יאבד יהיה שלו וא״כ מש״ה עובר עליו דהוי גורם לממון שאם יאבד אז הוי ממון שלו ומש״ה צריך לשלם וא״כ שפיר הוא דעובר אבל אם אינו חייב אלא בפשיעה א״כ אפי׳ לא קנהו כלל והוי של בעליו מ״מ חייב משום דהוי מזיק וכל מזיק לא קנה ומ״מ חייב וא״כ אמאי יהיה עובר הא לא הוי גורם לממון כלל דהיינו שאין כאן גורם שיהי׳ ממונא שלו לעולם שאם יפשע ישלם משום שהיזקו וזה כ״ל ברור ונכון, אח״כ מצאתי בש״א סי׳ פ״ח שחקר שם בטעמו של הר״ן והכלענ״ד כתבתי וברור — ויש לי ראיה גדולה לסברא זו מש״י הר״ן גופא מהא דאמרינן בב״מ דף כ״ח דאף לר״ם דקדשים שחייב באחריותן יש להם דין שמירה מ״מ אחר שנתרמה שתרומה הוי לאו קדשים שאינן חייב באחריותן ע״ש וקשה מאוד לפי׳ הר״ן ז״ל שם דבני העיר חייבין לשלם אפי׳ אחר שנתרמה שתרומה כמבואר שם וא״כ לר״ם כיון שחייבין לשלם הוי גורם לממון וא״ם דחייבין שם באחריותן א״ו ע״כ צריך לחלק ולומר דהא דלר״ם הוי כממון דוקא היינו בשחייב על הקדשים באחריות אפי׳ אונסין משא״כ בני העיר אף שחייבין הן לשלם להר״ן היינו משום שפשעו וע״י חיוב פשיעה לא מיקרי גורם לממון לר״ם דלא הוי גורם מה שחייב לשלם משום מזיק אלא מה שחייב משום דאמרי׳ ליה שלך נאבד דזה הוי גורם לממון פי׳ שגורם להיות ממון שלו אחר שיאבד — והנה אפי׳ אי פושע לא הוי מזיק ממש אלא גרמא בניזקין מ״מ א״ש דכל הני שנתמעטו מדין שומרין מ״מ חייבין בפשיעה דכל גרמא בנזקין לא מפטר אלא כשלא הותנה אבל כשהותנה להתחייב חייב ול״ל קנין וכמ״ש המח״א הל׳ שומרין סי׳ ז׳ ע״ש וא״כ מש״ה סובר הר״ן דחייבין הם דמיד כשקיבל עליו לשמור אפי׳ לא הותנה ולא דיבר כלום מ״מ אינו פטור אלא מדין שומרין כגון שבועה דש״ח וגניבה ואבידה דש״ש דאפשר לא קיבל עליו אבל פשיעה מיד כשקיבל עליו לשמור אנן סהדי דודאי שמירה של פשיעה קיבל עליו דאל״כ מה זו שמירה וא״כ כל אנן סהדי הוי כהותנה והוי גרמא בניזקין וחייב אפי׳ בדברים, אבל מ״מ משום מזיק חייב ואין בזה משום גורם לממון לפי דעתי ומש״ה אינו עובר בב״י שצריך דוקא גורם לממון — ויש לי כאן קושי׳ אחת וקיל דהא דלר״ם קדשים שחייב באחריותן קרינן בהו וגונב מבית האיש כהא דמיירי כשחייב אף אחריות אונסין דהתם קדשים שחייב באחריותן היינו כשאמר הרי עלי והוי כדר חסו חייב בכל אונסין עד שיקריבו הכהן כדינו וא״כ בהא ודאי דשייך לומר גורם לממון כממון וכסברא שאמרנו שאם יאנס אמרי׳ לו שלך נאנס וחייב אתה לשלם וליתן אחר להקדש וזהו הוי גורם לממון לר״ם אבל אם אינו חייב אלא בגניבה ואבידה ובאונסין לא לא מליכו לו לר״ם שסובר בזה דהוי גורם לממון וא״כ מאי פריך למ״ד גורם לממון כממון לי״ל לא יהא הא לריך ולריך דאי משום גורם לממון דר״ם לא הי״א אלא אחריות אונסין ואת׳ קרא דלא יהא אפי׳ לגניבה ואבידה וחילוק גדול יש ביניהם דודאי אם חייב אפי׳ באונסין הוי יותר שלו דאי לאו שלו היא א״א לחייבו באונסין כלל דמלאך המות מ״ל הכי כוי׳ וכן אמרי׳ בגזלן שקונה הגזילה להיות שלו כדי לחייבו באונסין משא״כ מי שאינו חייב אלא בגניבה ואבידה אין אנו מוכרחין לומר כלל דכשנאבד הוי שלו אלא דחייב משום שקיבל עליו שמירה מעולה מאוד, שאם לא שמרו עד שנאבד אף שאינו פושע ממש מ״מ הוי פשיעותא לגבי שמירה שקיבל עליו וא״כ אין זה דומה כלל להא דר״ם שחייב אפי׳ באונסין וכל חיוב אונסין א״א לחייב בתורת שמירה כלל אלא כשקנהו שאם נאנס אמרי׳ לו שלך נאנס ויש כאן קנין כשנאנס ומש״ה שפיר אר״ם שזהו גורם לממון והיינו דאף שאינו שלו עד שנאנס מ״מ עכ״פ כשנאנס שלו הוי מדחייב לשלם אבל חיוב גניבה ואבידה שהיא חיוב שמירה מכ״ל ולכיך קרא וזהו קושי׳ גדולה — ולפי דעתי זהו טעמו של רש״י ז״ל דסובר דכאן נמי אינו עובר אלא באחריות אונסין מדפריך הגמ׳ לר״ם ור״ם בכה״ג מיירי א״ו שגם כאן אין לחייבו אלא באונסין דהוי שלו כשיאנס ואיכא גורם לממון דהיינו כשיאבד אמרי׳ לו שלך נאבד ואיכא קנין אבל בגניבה ואבידה דלא הוי אלא חיוב שמירה מעולה אינו עובר דלא הוי גורם להיות ממון שלו לעולם ובפ״י כי על שיטה זו שהוא דוחק ולענ״ד מילתא בטעמא היא, שוב מצאתי כן בש״מ הי׳ שמפקיד בשם הראב״ד דלר״ם הוי כממון משום דבכל אופין חייב והיינו אפי׳ באונסין — שוב מצאתי בש״י שהקשה קו׳ כזו שהקשיתי על אותן הסוברין דבפשיעה חייב מאי פריך הגמ׳ וקרא לר״ם ל״ל, וכי דהא דר״ם שמעינן ליה באחריות גניבה ואבידה שמחייב לגנב כפל משום שגורם למקדיש שחייב בתשלומין חשוב כממון המקדיש ע״ש — ודבריו ז״ל תמוהים דלא מליכו לו לר״ם אלא בקדשים שחייב באחריותן ופרש״י ז״ל באומר הרי עלי עולה והפריש זו כיון דאי מית בידו בעי לשלומי כדידיה הוי וה״א מסברא שכתבתי דאי לאו דידיה הי״א לא הי׳ משלם כשמתה באונס דמה עשה לה הוא שתמות א״ו כשמתה אמרי׳ שלך מית וזהו חיוב אחריות שלו אבל בחיוב גניבה ואבידה לא מיירי ר״ם כלל, וא״כ קשה מאוד מה שהקשיתי על אינו הסוברים דלא כרש״י אלא אף בחיוב גניבה ואבידה עובר א״כ מאי פריך מר״ם ל״ל קרא הא בחיוב זה לאו גורם לממון ממש הוי כחיוב אונסין — ועוד דלפי׳ שוה גורם ליכא דאינו חייב אלא משום שקיבל על עצמו שמירה מעולה וכשלא שמר מגניבה הוי כפשיעותא: והנראה לענ״ד בזה הי׳ כשנאמר עוד קו׳ אחת שהקשו שמפרש בהא דישראל שקיבל אחריות על חמץ של נכרי וקשה הא אין בשל נכרי דין שמירה וא״כ מאי מהני ליה קבלה בלא קנין וכ׳ הלבוש דמיירי שקנו מידו ע״כ וזהו דוחק שלא נמצא כן בגמ׳ וכן בר״מ ז״ל ועיין ר״ן:

והנה מצאתי ברמב״ן ז״ל בליקוטים שכ׳ דאף שישראל אינו חייב בדין שמירה מנכרי מ״מ אם קיבל עליו אחריות בחמץ חייב, ולא ביאר לנו רבינו ז״ל מאי מהני קבלה זו באמירה בלבד ועיין מח״א שנדחק מאוד — ונראה לפמ״ש בת״א לבאר הא דתיקנו חז״ל משיכה בשומרין וסובר הר״מ ז״ל וכן רש״י דלענין חיוב אונסין כאמר ונראה לריך ביאור מה מהני משיכה שלו לחיוב אונסין שהוא חיוב אקרקפתא דגברי ויותר הי׳ נראה לתקן ק״ס שהייך קנין על גופו להתחייב בדבר שאינו חייב אבל משיכה זו מאי עבידתיה ואיך חייב ע״י משיכה זו באונסין; ולתוס׳ דהוי לחזרה ניחא אבל לשי׳ הר״מ קשה וביארתי דמשיכה שמוסך הייכו שכן תיקנו חז״ל שמתן כעשה שלו לענין אונסין וכמו שהותנו אם הוא ש״ש או ש״ח או שואל וקונה במשיכה כאומר שאם נאבד או יאנס תקנה אתה את החמץ במשיכה זו שיהי׳ שלך כשיאנס והוי כאומר שאם

יאכל יהא שלו מעכשיו לענין חיוב אונסין ושיהי' צריך לשלם משלו כאונס והוא חייב בדמים — שוב מצאתי לקצה"ח כ"ה ס"ז שכ' דמשיכה בשומרין הוי כמו בגנב וגזלן ע"ש וזהו הסברא שכתבתי ודו"ק: ומה"ת הי' הדין זה גם בלא משיכה אבל רבנן תיקנו להם קנין זה — ומעתה הנה ודאי דמה"ת שהי' השומר חייב בדין שומרין שלו אף בלא משיכה ודאי שכשמעטו הכי מדין שמירה אבל אחר שתיקנו חז"ל לכל השומרין קנין משיכה וקנהו להיות שלו ממש לכל אונסין של דין שומרין א"כ גם בנכרי שייך תו דין זה כמו בישראל דלאו מדין שומרין ומדין שמירה חייב אלא שקנה את החפץ לענין זה שיהי' שלו אם יאבד וכן מן הנכרי מהני קנין זה כמו דמהני משיכה בשאר קנין מן הנכרי והיכא דליכא מעות כ"ע מודו דקנה משיכה בנכרי וא"כ אין חילוק: אלא שצריך שיקבל עליו ושיתנה בפי' דין של השמירה דבישראל אפשר דמהני כשיאמר שהוא יהיה ש"ח או שהוא ש"ש אבל בנכרי צריך שיתנה בפי' וכשקבל עליו ועשה משיכה הראוי לכל שומר ה"ז חייב מדין קנין וזהו ברור אצלי לדעת הר"מ — והא דהוצרך לשנות בזהב כשפריך משוכר את הפועל לשמור את הפרה כשקנו מידו ופי' בק"ס ה"ט דבהקדש לא שייכי משיכה כלל דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא אבל בחמץ מנכרי חייב הישראל כמו שקיבל דהא קנה את החפץ לכך, ובהכי נתיישב מה שהקשיתי דהשפיר פריך לר"ם לי"ל קרא הא הוי גורם לממון ואין לומר דלא הוי ידעינן אלא באחריות אונסין אבל בגניבה ואבידה לא הוי ידעינן לק"מ דהא ידעינן שפיר דע"כ על קנין משיכה קא סמיך דאל"ה הא איכו חייב כלל ישראל מנכרי בלא קנין אלא ע"כ דמשום שמשך וקנה לאחריות אונסין וא"כ כן נמי אם קנה אותה לאחריות גניבה ואם תגנוב יהי' שלו לשלם ודאי דהוי גורם לממון דכיון דלאו מכח דין שמירה אתה מחייבו כשיאבד דהא אין כאן דין שמירה כלל בנכרי אלא מכח קנין שכן קנה את החמץ לתנאי זה שאם יאבד והוי שלו ול"ל לא ימלא ומשני דשאני התם שהוי כגנב באמת והוי שלו אבל כאן דליתא בעיניה ודו"ק בזה כי הם דברים ברורים ונכונים:

והנה בקצה"ח סי' רנ"א הקשה על הר"מ דמחייב בפשיעה גבי שטרות וקשה הא בשטר לא מהני משיכה ולריך כו"מ וא"כ במה נתחייב ע"ש — ולענ"ד יותר הי' לו להקשות אהא דמחייב הר"מ בהקדש בפושע דבהקדש ודאי לא שייכא משיכה כלל, אלא דהקצה"ח הי' סובר דהמשיכה מועלת בשומרין להתחייב גופו בשמירה ובאונסין ולענ"ד לא יתכן לומר כן דאיך נתחייב גופו ע"י משיכה זו אלא כמ"ש שקנה החפץ לכך — אבל בעיקר קושייתו ז"ל נק"מ דהא פושע מזיק ואפי' גרמא בניזקין מ"מ כל גרמא נתחייב בדיבור בעלמא וכמ"ש במח"א ודבריו נכונים ואמיתים: והנה הר"מ ז"ל סובר דאפי' באונס על גניבה ואבידה שאם יגנב או יאבד יאנסו הנכרי לשלם נמי עובר משא דביעורו ממילא דבכי היכא שאין כאן מן הדין, והראב"ד חולק ועי' ט"ז ואחרונים ולענ"ד סברת הר"מ ז"ל דמאחר דבלא קנין לא מהני כלום מדין תורה אלא דאמרי' כיון שמשך קנהו לע"ז וא"כ גם אם יודע שהנכרי אנס גמר ומשעבד נפשי' מתוך אונס והוא יודע שיהי' מחויב בכך קנהו ומש"ה חייב, אבל רק על גניבה ואבידה משום דבהאי שייך לומר שמשום שקנהו מש"ה חייב והוי גורם לממון וכמש"ל משא"כ אם איכו מחייבו אלא על פשיעה ה"ז לא קנה כלום אלא משום מזיק חייב לשלם ואיכו שלו כלום ולא גורם לממון כ"ל שאין כאן גורם להיות ממוכו אפי' יאבד דלאו מש"ה יהי' חייב אלא משום מזיק ואפי' איכו ממוכו ודו"ק:

דין ב.

חמץ אחר פסח שביטלו ולא ביערו באונס או שוגג.

הנה קיי"ל כר"ש חמץ אחר פסח קנסא קנים משום שעבר אב"י והעלו הפוסקים דאף חמץ שביטל אלא שלא ביערו ועבר על ב"י דרבנן נמי אסור אח"פ, ואמנם מי שביטל חמצו ולא ביעור ולא מכר אבל באונס או שוגג באופן שהכלה אנסו העלה בכוס"י מהד"ק סי' י"ט לאסור אף שהיו תרתי ביטל ועל הביעור דרבנן שוגג או אונס מ"מ אסור אח"פ ע"ש, ואני ביארתי בתשו' אחת דלא מלאנו בפי' ראי' לאסור אלא אם הי' אנוס שלא ביטל והוי אנוס או שוגג בדבר תורה אבל אם ביטל ועל ביעור דרבנן הי' אנוס לא מצינו לאסור בדברי הראשונים ז"ל ומסברא דלא קנסינן שוגג אטו מזיד אלא בדאו' אבל בדרבנן לא וכן נראה מוכח מדברי הר"מ ז"ל שכ' ודבר זה קנס הוא מפני שעבר על ב"י וב"י וא"כ כי דאפי' שוגג או אנוס וקאי אמה שכ' תחילה דהיינו שהי' שוגג או אנוס אשל תורה ועבר באונס על ב"י אבל אם ביטל ואנוס על הביעור לא שמעני, גם בטור וש"ע הביאו תחילה דין של הר"מ דאפי' שוגג או אנוס ואח"כ הביא הדין שאפי' בטלו ג"כ אסור ומדלא ערבינהו מוכח דמילי מילי קתני דין שוגג כשלא ביטלו ודין בטלו ולא ביעור אבל לא באונס: אבל שניהם יחדיו לא — וכן נראה מהירושלמי שהביא דמתיר מפולת לגיסטא בתרא דלא שייך העראה והנה הירושלמי סובר ע"כ דמפולת לא הוי כמבוער ולריך ביטול מה"ת דאל"ה אלא דהוי כמבוער וכמו שכ"ל בכוס"י שם א"כ לגיסטא קמא אמאי אסור הא הוי כמבוער ול"ל שום ביטל מה"ת א"ו מוכח דהירושלמי סובר מפולת לריך ביטול מה"ת ומ"מ כל"ב מתיר במפולת וה"ט משום דביטל ועל הביעור הוי אנוס ומותר לאח"פ — ועי' כשב"א בתשו' ע' בשם ר"ח שקשה עליו מהירושלמי — ומהא דאסר הרמב"ן החמץ לכגזל ג"כ אין להביא ראי' לאסור דשאני התם שהי' אנוס על הביטל ג"כ דהכי איכו ברשותו לבטלו, ואמנם מהאי דהביאו הש"ע והב"ח ישראל שהרהין חמצו מוכח לכאורה כמ"ש הכוס"י דודאי ביטלו דאל"כ עבר מה"ת — ולפ"י הגי' ברי"ף דבחמץ ידוע לא מהני ביטול אין כאן ראי' דהכי ביטל לא מהני אלא ביעור וא"כ אנוס על של תורה והארכתי בזה אלא שרוב האחרונים הסכימו כן דאפי' ביטל ואנוס אסור אח"פ:

דין ג.

חמץ לאחר זמנו על ידי תערובות.

הנה הטור וב"י סוברים דאחר פסח לריך ס' וכ' הרמ"א ובפמ"ג מש' שני בהולכת הכאה ליש"מ ועיין מ"א דאף דלא קיי"ל כהגמ' לענין אכילה מ"מ כאן דאיכו אלא משום קנסא מותר אפי' באכילה — וכתב שמק"ח דלכאורה קשה עלי מהכי הולכה ליה"מ לענין אכילה וכי מש"ה דהרמ"א סובר דלא כטור וסגי ברוב אלא דמ"מ לריך הולכה דאל"כ הרי נהנה מחמץ עלמו שבתוך התערובות וע"ש — ולענ"ד לא נראה כן דהא רבא סתמא קאמר שלא בזמנו מותר ופרש"י אפי' בכ"ע וכל אמורא לריך לפרש דבריו — ובט"ז כ' וז"ל פי' לא בלא דבעי ס' מ"מ כו' דאין בא"י אלא משום קנס וכאן כיון שהשליך הכאה ליש"מ תו ליכא קנס וע"כ שרי אפי' באכילה עכ"ל וזה דלא כמק"ח אלא אפי' להפוסקים דלריך ס' מ"מ בפשות מש' שני בהשלכה וכן נראה מרמ"א שאיכו חולק על הב"י כלל וכן הטור וב"י מודים לזה וכמ"ש הב"י בפירוש שחולק על הג"מ דרק בהכאה מתיר והוא הב"י מתיר אפי' באכילה והב"י סובר כאן כטור שלריך ס' וא"כ מפרש דברי רבא בס' ובלא השלכה ודלא כהמק"ח והא דמהני השלכה הייכו מסברא וכמ"ש הט"ז דהיכא שהשליך הכאה ליה"מ ודאי לא קנים ר"ש כלל דהא לא נהנה ואפי' נתערב חד בחד כלאה דמותר ע"י השלכה כי"כן כי הט"ז דוקא בעין קנים ר"ש שלריך להשליך החמץ עלמו ולא סגי כשיפדנו דאדרבה אז נראה בעין שהוא לריך לחמץ זה ולכך קנים שלא יועיל מעשיו ולא יהנה אבל אם נתערב לו הוא איכו רולה אלא להליל לו המותר וכשמשליך לא נהנה כלום מהאי' ומותר — ואמנם כ"ז מלד הסברא אבל רבא לא מיירי מזה כלל לכל הפירושים ואפי' לרש"י דמיירי בפשות מש' מ"מ לא לריך להשליך כלל כנ"ל: ולכאורי יש נראות לפי מה שהוכחנו דרבא לא מיירי מהשלכת הכאה ואיכו סובר כן והקשה קוף קוף אמאי הא הרי סוא נהנה מחמץ שבתוך התערובות ואמאי לא יוליך הכאה זו ליה"מ — והנראה דהא דאמר רבא חמץ שלא בזמנו מותר מותר לגמרי קאמר ולא מטעם ביטול שנתבטל ע"י תערובות אלא דכל שנתערב הרי החמץ עלמו שבתוך התערובות הותר לגמרי ונ"ל שום ביטל ולא מבעי' לרש"י וסייעתו ודאי כן הוא אלא אפי' לשי' הטור נמי כלאה כן והא שלריך ס' יתבאר לקמן בדברינו אבל מ"מ כלאה דמותר דאמר רבא מותר לגמרי ולא מטעם ביטול קאמר: וכן מוכח דאל"ה קשה הא לפי מה שביארנו אם מוליך הכאה ליה"מ ודאי דלא קנים ר"ש אפי' בתערובות חד בחד ביבש לפי דעת הט"ז וא"כ תקשה אמאי בטיל ואפי' בס' ולא לריך להוליך הא כל שאתה יכול להתירו בלא ביטל למה יאכלנו ע"י היתר שביטל יוליך הכאה ליה"מ ויהי' מותר לגמרי וכל כה"ג שיכול להוליא כל האיסור ע"י הולכה לא יהיה מהני הביטול כלל דהוי דשיל"מ כהקדש שיכול לפדותו ואיכו בטיל וא"כ גם כאן הי' יכול לפדות את האיסור מתוכו כשיוליך דאז ל"ל ביטול דאפי' חד בחד מותר ועוד אפי' אם יש לחלק מהקדש מ"מ תקשה אפי' ע"י ביטול למה לא יוליך שלא יכווים מה שיש יותר בתערובות מן החמץ א"ו דבין לרש"י ברוב בין להטור בס' לא משום ביטל מותר אלא משום דע"י תערובות לא קנים ר"ש כלל וממילא שגם החמץ שבתוכו מותר לגמרי, והטעם כ"ל דכל שאנו אוסרין לו החמץ בעין תו ליכא למקנסיה משום שמא ישהה חמץ בפסח כדי לאכלו אח"פ דהא בעין אסור וגם לערבו לכתחילה אסור ואם עירבו במזיד ג"כ אסור לו ומשום שמא יתערב לו בשוגג לא ישהנו דלא שכיח כלל ומש"ה לא קנים ר"ש ע"י תערובות ומותר לגמרי:

והנה הר"מ סובר חמץ בפסח לא בטיל משום דה"ל דבר שיל"מ והקשה הר"ן הא בעין לא הוי דשיל"מ דר"ם הא אוסר בעין, וכ"ל דהר"ן שהקשה כן הולך לשיטתו דכל דשיל"מ משום מב"מ איכו בטיל ושפיר הקשה דהחמץ בעין הא הוי איסור גם אחר פסח וא"כ לא הוי מב"מ — אבל הר"מ ז"ל סובר כרש"י דהטעם משום עד שתאכלנו ע"י ביטול יאכלנו בלא ביטל וא"כ כל שנתערב בפסח בס' באופן שאיכו עובר על שהייתו אם ישאר עד אחר פסח יהי' החמץ שבתוך התערובות זה מותר לגמרי עד שלא יצטרך להתירו מטעם ביטל וא"כ למה יאכלנו בפסח ע"י היתר ביטל ימתין עד אח"פ ויהי' מותר לגמרי ולא מטעם ביטל וזהו ברור:

ועתה

ועתה נבוא לבאר שיטת הטור הנה שיטתו קשה מאוד כמו שהקשה המ"א דאי מיירי רבא בש' מאי פריך והא כ"ש קנסא קנים וכי ס"ד שיהי' קנס זה חמור מכל אי' שבתורה ועוד אמאי לא פריך כן לר"י ועוד דא"כ מנ"ל דסובר כר"ש דילמא אף כר"י ומטעם ביטול — ותחילה אני אומר דשיטת הטור מוכחת מהא דאמר רבא שהם שלא בזמנו מותר ומשמע אפי' נתערב כן בפסח ונשאר עד אחר פסח מותר וקשה הא אם נתערב בשמות מש' וטע"כ דאורייי' וא"כ הא עובר בב"י אפי' ע"י תערובות היכא דליכא כדי ביטול ואם נשאר כן עד אח"פ ג"כ אוסר כ"ש דהא עבר עליו והי' לו לרבא לפרש שלא בזמנו היינו אם נתערב שלא בזמנו א"ו דרבא קאי אהא דאמר רב בזמנו במשהו וע"ז קאי רבא ואמר דכה"ג דהיינו שנתערב בפסח במשהו ונשאר עד שלא בזמנו מותר והיינו דוקא במשהו אבל בכו"ע לא, ואי תקשה אמאי אסרינן ליה אח"פ בכ"ע י"ל מש"ע גופא דהא בכו"ע יש חילוק מתי נתערב דאם נתערב בפסח אסור אפי' לאחר פסח וא"כ משו"ה לא חילקו שאם כתיב אם נתערב אח"פ בכו"ע לא ידעו לחלק בין נתערב בפסח לנתערב אח"פ ומש"ה אסרו כל בכו"ע כדי שלא יצטרך לחלק בין נתערב תוך פסח או אח"פ דאי לא הא לא קיימא הא :

והשתא נבואה ונראה שעי"ש שיטת הטור מיושבת כל הקושי' באר היטב ואין כאן שום קושי' ואדרבה שיטתו מוכרחת, ונאמר דרבא ה"ק חמץ בזמנו במשהו וה"ט משום דהוי דשיל"מ וא"כ ע"כ הי"ט משום דשלא בזמנו מותר לגמרי אפי' החמץ שבתוך התערובות ולא מטעם ביטול דאי מטעם ביטול מותר גם אחר פסח א"כ לא הוי דשיל"מ תוך פסח דמה לי עתה מה לי אחר פסח הא סוף סוף מטעם ביטול תאכלנו והא בהא תליא משום דלאחר פסח מותר לגמרי מש"ה תוך פסח במשהו והיינו דאמר רבא לאחר זמנו מותר כר"ש דייקא כר"ש דהיינו לגמרי מותר אף החמץ שבתוכו ולא מטעם ביטול ולכך ל"ל הוכחת הכלה ליה"מ דאי כר"י הא ע"כ הי' מותר מטעם ביטול אבל החמץ שבתוכו הוי איסור אלא שנתבטל וא"כ לא הי' הדין תוך פסח במשהו דהא לא הי' דשיל"מ דבין כך ובין כך ע"י ביטול יאכל אבל כר"ש מותר לגמרי — והנה הש"ס ידע דקאי על המשהו שבתוך זמנו וע"ז אמר לאח"ז מותר כר"ש ולא ידע עדיין מהא דע"י תערובות לא קנים ומש"ה פריך והא כ"ש קנסא קנים וכ"ל למה אתה יאמר דוקא כר"ש הא גם לר"י בטול וכקו' המ"א אלא ע"כ כולה אתה לומר דלר"ש לגמרי מותר ולא מטעם הביטול וע"ז פריך הא גם לר"ש ע"כ רק משום ביטול אתה מתירו דהא אסור עכ"פ מדרבנן משום קנס ומתרץ דה"מ בעין אבל ע"י תערובות לא קנים ומותר לגמרי בלא טעמא דביטול אלא שמותר כל החמץ שבתוכו ומש"ה בתוך זמנו במשהו דהוי דשיל"מ : ול"ק שום קו' לפ"ז דעל ר' יוחנן לא הי' יכול להקשות מידי מר"ש דאולי סובר כר"י דמותר משום ביטול ברוב בדרבנן דר"י הוכרח לומר כר"ש דאילו לר"י אינו מותר בכ"ע וא"כ לא מוכח מידי דמותר לגמרי קאמר כדי שיקשה הא קנסא קנים אבל לרבא דע"כ הא דאמר כר"ש ולא כר"י ה"ט משום שכולה לומר דמותר לגמרי ולא משום ביטול דאי משום ביטול למה ל"א כר"י הא גם לר"י בטיל דמיירי בש' וע"ז פריך שפיר הא קנסא קנים ולא הי' קושי' הש"ס שיהי' אסור אף בביטול אלא דעכ"פ אינו מותר אלא ע"י ביטול וא"כ קשה למה כר"ש דוקא ולמה תוך זמנו במשהו הא לא הוי דשיל"מ ומשני דל"ל שום ביטול אלא דלא קנים ר"ש ע"י תערובות כלל — ושא דצריך ש' שאם הי' בכו"ע ונתערב בפסח קנים ר"ש דעבר בב"י ולכך לא רצו לחלק בין נתערב תוך פסח לנתערב אח"פ וצריך ש' אבל לעולם מותר לגמרי ולכך לא צריך הוכחה ליה"מ כלל דוק בזה כי הוא דבר נפלא בס"ד :

דין ד.

מין במינו בכל איסורין שבתורה.

סוגיא זו עמוקה ורחבה ולא כתבתי בה אלא מה שנראה לי לחדש בה — מתני' דם שנתערב כו' רואין כו' — הנה כפי שנראה הוי הך רואין מה"ת וכן כ' התוס', והדבר צריך ביאור דלכאו' אין נשבין סברא זו דהא כל שנתערב במים ודינו בחזותא וכמו דבדבר אכילה דהוי באינו מינו בטעמא דהיינו כל שהטעם נרגש אסור מה"ת לדידן ואף שהממש הי' לו להיבטל מ"מ טעמא לא בטיל כל שנרגש וא"כ נמי במידי דתלי' בחזותא כל שניכר המראה לא נבטיל ומש"ה כאן בדם לזריקה דלאו מידי דאכילה הוי בחזותא כמו הטעם במידי דאכילה וא"כ כן נמי כמו דבמידי דאכילה במין במינו דלא נרגש הטעם בטיל ברוב כן צריך להיות נמי במידי דתליא בחזותא דבמינו דלא ניכר המראה בטיל ברוב ומה זו דאמרי' רואין, ובגמ' פריך איפכא דנשער גם באכילה במב"מ כמו באינו מינו ופריך כן ממתני' וקשה אמאי לא פריך איפכא אמתני' ואסברה רואין דאמאי לא בטיל ברוב דהא הא דמב"מ באכילה מיבטיל ברובה הוא סברא מבוררת יותר דילפינן מאחרי רבים להטות כל ביטול ברוב ואדרבה הא צריכין לימוד לטע"כ ואל"ה הי' כל דבר אפי' נ"ט בטיל ברובה וא"כ קשה איפכא וזהו צ"ע. — ונ"ל לבאר הענין לפי רש"י דרבא סובר טע"כ לאו דאו' ולהביא ראיה מסוגי' זאת לפי רש"י ז"ל ותחילה נאמר דהך מתני' סוברת דאין מראה הדם שיהי' אדום לא מעלה ולא מוריד לזריקה כלל דחזותא לאו מילתא וכן מוכח מהא דאר"י אין דם מבטל דם ואם נפל טיפה אחת לתוך קערה של דם חולין מ"מ כשר לזריקה. וקשה הא ליכא תו מראה דם כשר לזריקה דאף שהדם חולין אדום מ"מ הא אין זו המראה של דם הכשר אלא ודאי מוכח דהמראה לא איכפת לן אלא כל שלא בטיל ממשו של הדם כשר כמו שלא הי' נתערב. וא"כ לפ"ז הא דתני' שאם נתערב במים שאם אין בו מראה דם פסול לא נאמר כן אלא לשיעורא שזהו השיעור של ביטול ממשו של דם ושאם נתערב בכ"כ עד שנאבדה המראה אז בטיל כל הדם ותו ליכא דם אבל הפסול לא הוי משום שנוי המראה אלא משום שנתבטל הממש של דם וליכא ועד שניכר המראה לא בטיל הדם וזהו שיעורו של ביטול וכה"ג כ' התוס' ב"ב דף פ"ב ד"ה ז"ל דכמלא בקר וכו' לא נאמר אלא לשיעורא ע"ש וכן כאן לא ניחא הך דמראה אלא לשיעורא: — וא"כ לפ"ז ודאי דגם במינו שאין המראה ניכרת נמי איתא להך שיעור ושפיר אמרינן רואין דכיון דשיעור זה נאמר לענין ביטול דם לזריקה לענין ביטול ודאי שאין לחלק לדעת תנא זה דהיא אינו סובר ביטול ברוב לענין דם לזריקה כלל דאילו הי' סובר כן גם במים הי' לו לבטל ברוב אף שניכר המראה דהא מראה לא מעלה ולא מוריד א"ו שהוא סובר לדם זה שיעור אחר מלענין אכילה. ותנא דברייתא סובר דביטול ברוב הוי השיעור אלא דכל שניכר המראה לא בטיל משום שניכר דכל שניכר לא בטיל וכמ"ש הרשב"א בשבא דטע"כ לא בטיל משום שניכר. אבל תנא דמתני' סובר דכן השיעור של הביטול של דם וכן במקוה כל שתלוי' בחזותא היינו דהחזותא לשיעורא נאמר ודו"ק.

ומעתה נבוא לדברי הגמ' דפריך ונשער כו' ונראה דפי' דהכא רבא אמר ש"מ כו"ע ברוב לאו דאורייתא ללקות עליו כדפרש"י וע"ז פריך מעיקרא דמשם מוכח דאפילו לוקין דאל"ה לא הי' יוצא: והך דעיקרא ע"כ מיירי מממש וכמ"ש הרשב"א דאוכל מדגן עצמו כדא"פ וכן צ"ל נמי הא מתערובו' ממשו איירי וא"כ ע"כ הא דאמר רבא כו"ע ברוב לאו דאו' וכן הא דמסיק דכו"ע הוי דאו' היינו שאם נתן טעם לא בטיל הממש ברוב ומש"ה לוקין עליו דאין לומר שלוקין משום טעם הנרגש וטעמא לא בטיל דהא א"כ למה ילקה הא על טעם לחודא אף דלא בטיל מה"ת למ"ד כן מ"מ אינו לוקה עליו לפי' התוס' דליכא אלא עשה וע"כ הא דכאן דלוקה למסקנא ה"ט דאי נתן טעם לא בטיל הממש, וכן מש"ה יצא ידי מצה דהא כל שנו"ט לא בטל הדגן והואיל ויש בו כזית יצא. וא"כ הך נותן טעם דהכא ג"כ לא נאמר אלא לשיעורא דהיינו כל כמה שנותן טעם לא בטיל הממש אבל הטעם גופא לא הי' ראוי ללקות עליו או לצאת ידי מצה אלא דע"י הטעם לא בטיל הממש וא"כ לפ"ז טעמא ג"כ אינו מעלה ולא מוריד אלא לשיעורי' ומש"ה פריך שפיר דא"כ נשער ג"כ מין במינו כן כמו דאמר הכא דמתני' דחזותא דלא נאמר אלא לשיעורא לא מחלקינן בין אינו מינו למינו כן נמי בטעם דלא נאמר אלא לשיעורא. והנה מוכח מכאן כפי' רש"י דאי נימא דרבא טע"כ אסור מה"ת ולוקין משום הטעם גופא א"כ מה פריך ונשער הא ודאי יש כאן חילוק גדול דבאינו מינו דנרגש הטעם לא בטיל משום הטעם גופא אף דהממש בטיל מ"מ טעמא לא בטיל אבל מב"מ דליכא טעמא בטיל ברוב ולא דמי כלל למתני' דמתני' לא נאמר ניכר המראה אלא לשיעורא וכמו שהוכחתי א"ו דטע"כ לאו דאורייתא ולא נאמר הטעם אלא לשיעורא ולכך פריך. — ומשני דאכן כתנא ברא דבטיל ברוב כל שלא ניכר ובטעם ג"כ ס"ט דהממש לא בטיל משום שניכר ע"י הטעם וכל שניכר לא בטיל ולוקין על ממשו וכן צ"ל מלשון רבא דלא מטע"כ איירי כאן אלא ממשו של איסור מדקאמר ש"מ כו"ע ברוב ולא אמר כדאמר בחולין ש"מ טע"כ דאו' ש"מ דלאו מטעם כעיקר איירי אלא מהממש שנו"ט ברוב. — ועיין פנ"י חמ"צ מה שהקשה על רש"י אי ממש איירי ע"ש כי כל מה שהקשה שם אחר העיון יש ליישב.

והנה מסוגי' זו נראה דמי שפוסק כמתני' רואין אזי גם באי' אחרי' במב"מ רואין והר"ש פסק מתני' זו ומ"מ באיסור פוסק מב"מ ברובא בטיל ועיין לפ"מ ש"כ דהר"מ סובר כמ"ש התוס' דהיכא דאתמר אתמר וזה לע"ג דכיון דהגמ' משווה שני הדינים א"כ מנ"ל שלא להשוות; ודברי התוס' באמת צ"ע והנלענ"ד בדעת הר"מ שהוא לקח כן מדברי רבא דהנה התוס' כ' בהא דאמר רבא אמר רבנן ברובא מב"מ ברובא דרבא גלה בזה דלא כמתני'. אבל הר"מ פי' דברי רבא להיפוך והוא דלשון של רבא קשיתיה אי כדעת התוס' הי' לו לרבא לומר כן אמרו רבנן בטעמא אמרו רבנן בחזותא אמרו רבנן ברובא מין במינו ברובא ואז הי' הך מב"מ קובע והולך על שניהם על הא דבטעמא ועל הא דחזותא ועל שניהם מסיק רבא דהיינו באינו מינו אבל במין במינו בין באכילה בין בזריקה תמיד ברובא. אבל השתא שהוא אמר רבנן בטעמא ואמר רבנן ברובא מין בא"מ בטעמא מב"מ ברובא ואח"כ מסיק לבסוף היכא דאיכא חזותא בחזותא ש"מ הא דמחלקין בין מין בא"מ

לב"מ

למב"מ דוקא בדבר התלוי בטעמא אבל בדבר התלוי בחזותא בין מבא"מ ובין מב"מ בחזותא כן נ"ל ברור בס"ד:

והנה הגמ' מביא הך שנתערב ביין ופרש"י וז"ל אלמא אע"ג דמב"מ הוא לענין ביטולא דחזותא לא אמרינן ליבטיל ברובה עכ"ל ונראה דרש"י מפרש הקושי' מהך גופא לא מהך דנתערב בדם, ומכאן קשה לי על הרמ"א ש"כ בסי' צ"ח דלענין מב"מ אזלינן בתר שמא והש"ך חולק שם דהא לענין נתע"כ אם הוי אינו מינו בטעמא איך ניזל בתר שמא ונע"כ דאוי ע"ש ובאחרונים שמיישבים דברי הרמ"א— וקשה מכאן הא אף דלענין חזותא הוי מב"מ מ"מ הא בשמא הוי אינו מינו יין ודם א"ו דאע"ג דבשמא הוי אינו מינו מ"מ כל דבחזותא בתר חזותא אזלינן והוי מב"מ וא"כ גם במידי דבטעמא בתר טעמא אזלינן דלא אזלינן בתר שמא אלא בהא דמב"מ לר"י דלא בטיל אי שווים בשמא אבל ביין ודם דלר"י בטיל וליכא נ"מ אלא אי אזלינן בתר רובא או לא אזי אזלינן בתר חזותא ולא בתר שמא וכן בדבר אכילה אזלינן בתר טעמא וכהש"כ ול"ע:

הנה רש"י פי' אהא דנ"ל דא"א שלא ירבה מין אחד על חבירו ובטיל בו ופרש"י דאף דאיכא עכ"פ לאו אחד מ"מ כיון דלא ידעינן על איזה חיוב הוי התראת ספק. והקשו התוספות הלא דאף שנתבטל ברוב מ"מ לא מצטרף הרוב להשלימו לכשיעור. וכוונתם דהא לא מהני הביטול אלא דלא הוי נותר אבל איך יעשה פיגול במה שנתערב ברוב פיגול וכן איפכא עוד הקשו דא"כ למה ליה למימר נז"א שלא יתבטל מין בחבירו הא ודאי יש כאן שניים שמבטלין את השלישי ונלענ"ד דרש"י סובר דכל שנתבטל מיקרי על שם המבטלו ונתוסף עליו, ורש"י לשיטתו אזיל דהוא מפרש הא דיליף ר"י ורבנן מב"מ או עולין מולקח מדם הפר ודם השעיר היינו מדקראו התורה דם השעיר אעפ"י שדם הפר מרובה ונראה דרש"י דרש כן מיתורא דקרא דל"ל מדם הפר ודם השעיר לא היה לכתוב אלא ולקח מדם שניהם ולא ידענא דאדם הפר והשעיר קאי א"ו בא לקרותו דם השעיר ומדקראו דם השעיר לא בטיל דאי בטיל לא נקרא אלא דם הפר אלמא דאי בטיל נקרא על שם המבטל וא"כ אי כדעת התוספות דאפילו בטיל מ"מ לא בטיל מניה אלא איסור נותר שעליו אבל מ"מ לא נקרא על שם המבטל א"כ לא מוכח מדקראו דם השעיר דהא לדעתם לא שייך ביטול על עצם הדבר אלא על האיסור שבו ושפיר נקרא דם השעיר בשמו א"ו דנתוסף להיות נקרא בשם המבטל לגמרי. — והשתא לפ"ז אפשר לומר נמי דזהו סברת רבא דאזלא לר"י בתר שמא שהוא סובר דהא דאר"י מב"מ לא בטיל משום דלא אמרינן ביטול אלא היכא שאם יתבטל המיעט ישתנה שמו ויהיה נקרא ע"ש המבטל אז שייך ביטול אבל אם להם שניהם שם אחד דאז אפילו יתבטל לא יתוסף לשם אחר דהא גם המבטל נקרא בשם הבטול אז לא בטיל כלל לר"י. ובזה מתורץ גם קו' השנית של התוספות דמש"ה אצ"ל דוקא שירבה מין אחד על חבירו ומבטלו דאז י"ל ביטול שהרי נתבטל ונקרא ע"ש המבטל לגמרי אבל אם יתבטל חתיכה אחת מהשלשה בתוך השניים אחרים לא יוכל להקרא בשם האחר דהא אם נאמר שיבוטל הנותר בפיגול וטמא א"כ לא יהיה נקרא לא פיגול ולא טמא דכ"א אין בו כדי לבטל את הנותר וכיון דע"כ ישאר בשמו בשם נותר אינו בטיל כלל כיון שאין הבטול באופן שיהיה נקרא בשם המבטל ודו"ק בכ"ז כי הוא נכון. — ואמנם התוספות לא פירשו כן בתלמוד של ר"י ורבנן אלא דקשה הא כיון שנתבטלו דם השעיר א"כ ליכא דם שעיר לזריקה דהא בטיל ולא נזרק מדם שעיר כלל. — ודע דלפרש"י ל"ק קו' התוספות שהקשו מאי לא יליף איפכא דעירב דם הפר בדם שעיר ובטיל דם הפר דל"ק קו' זו אלא לפי' התוס' אבל לפרש"י לק"מ דמ"מ כיון שדם הפר נתרבה א"כ שפיר נקרא בשמו דם הפר ולא קאמר אלא מדם שעיר המיעט באמת:

והנה ליכא פסקו כל הפוסקים כרבנן מב"מ בטיל רק רש"י ז"ל פוסק כר"י והקשו התוס' והרא"ש עליו מהא דאמר ריב"ל בחולין אמר כל אי' שבתורה בס' או במאה ויליף כן מזרוע בשילה וזרוע בשילה הא מב"מ הוי וא"כ הא ריב"ל בר סמכא הוא ופוסק כרבנן. — ונראה דכל הוכחה זו לא הוי אלא התוס' לשיטתם שפירשו הלימוד מזרוע בשילה לא הוי אלא אסמכתא בעלמא דכיון דזרוע בשילה באמת מב"מ הוי א"כ הא ברובה בטיל, וע"ש בסוגי' מה שנתקשו התוס' עצמם לפירושם זה. — ואמנם רש"י ז"ל פי' שם בפירוש דהוי דרשה גמורה והנה התוס' סוברים דהא דאמר שם אמר אביי לא כהלכתא אלא לר"י דאמר מב"מ לא בטיל ה"ט דהך בריתא דזהו היתר הבא מ"א אתי כר"י אבל אנן כרבנן וכיון שכן פירשו שפיר הקשו על רש"י אבל רש"י לא פי' כן אלא כי הם לא הלכתא אלא לר"י במכחי' מב"מ לא בטיל ובהאי איל בטיל להכי אמר זהו דלא ילפינן מניה דליבטל מב"מ אבל מין בשאינו מינו ילפינן מיניה עכ"ל, ונראה דהכי ילפינן מיניה דהא מב"מ לא בטיל וכאן אמרה תורה דבטיל וא"כ אף דלמב"מ לא נוכל למילף דגלי קרא ולקח מדם הפר דלא בטיל מ"מ אכן ילפינן מביטול זה של זרוע בשילה להיכא דשייך ביטול כגון מין בשאינו מינו שצריך דוקא ס' או מאה ולא בטיל ברובה וזאת שפיר ילפינן מהכא בקל וחומר מה מב"מ דלולי שגזרה התורה שלא לבטל כלל הי' ראוי להיות בטיל ברובה דהא לא נרגש טעמא ומ"מ לא התירה התורה בו שיבטל בזרוע בשילה אלא בס' מכש"כ באינו מינו דהטעם נרגש בו מכש"כ שצריך דוקא ס' לביטולו דכיון דכאן בזרוע בשילה אמרה התורה שיבטל אף מב"מ א"כ מצינו ביטול בס' אפי' במב"מ ומכש"כ אינו מינו דאין לומר דילמא מב"מ חמור דזהו לאו סברא היא אלא או דלא בטיל מב"מ כלל מקרא או דבטיל ברוב מסברא וא"כ כיון דבזרוע בשילה בטיל ומ"מ צריך ס' א"כ חזינן דכל ביטול הוי בס' ומכש"כ א"מ, וא"כ לפ"ז אדרבה מוכח מהא דריב"ל דסובר מב"מ לא בטיל וכר"י דאי בכל מב"מ בטיל ברוב א"כ היכי יליף מזרוע בשילה לס' לאינו מינו ואי דהוי אסמכתא לא משמע כן מסוגיי הגמ' וכן הקשו התוס' והעלו בדוחק כ"כ לדעת רש"י ז"ל. — והנה בהא דאמר רבא לא כהלכתא אלא לטע"כ דבקדשים אסור פרש"י דבקדשים אסור בכ"ש דלא בטיל כלל ובחולין צ"ל דרבא טע"כ כלל ופי' בהא דאמר רבא מלאו' ברובא בטיל היינו לפי האמת כן דטע"כ בטיל מה"ת ולכאו' דברי רש"י תמוהים דמנ"ל לפרש כן ולמה לא נפרש דהה"א הי' דמלאו' ברובה בטיל אי לאו מזרוע בשילה וכמו שפרש"י לאביי דלאמת ילפינן מז"ב דבעינן ס' מה"ת — ובאמת זהו קו' התוס' דכיון דפי' בקדשים אסור בכ"ש א"כ צ"ל תו לפרש דבחולין לגמרי מותר מה"ת ובטיל, ולפמ"ש נראה דל"ק קו' זו דבשלמא לאביי שפיר נוכל למילף אינו מינו מזרוע בשילה מקו' דמה מב"מ צריך ס' מכש"כ אינו מינו וכמ"ש דאין לומר בשום אופן מב"מ חמור מאינו מינו אלא אי לא בטיל כלל מקרא דולקח אבל אי בטיל תו ליכא למימר דחמור ביטול מב"מ מאינו מינו וגם אין לומר דבקדשים החמיר התורה יותר מבחולין דהא אביי לא נחית לחלק כן כלל, משא"כ לרבא דהוא מחלק ואומר בקדשים לא בטל טע"כ כלל וא"כ אף שמצינו בזרוע בשילה ביטול בס' מ"מ איך נילף התם ביטול בס' לענין אינו מינו דחולין די"ל לומר חולין מקדשים לא ילפי' דדילמא הא דהחמירה התורה בזרוע בשילה שצריכא ס' דוקא בקדשים החמירה כן ולא בחולין והא ראיה דבקדשים אוסר טע"כ בכ"ש משא"כ בחולין, וא"כ כיון דלרבא ליכא למילף מזרוע בשילה ע"כ צריך לפרש הא דאמר רבא מלאו' ברובה בטיל היינו דבאמת ברובה בטיל אפי' אחר הלימוד מזרוע בשילה מ"מ בטיל מה"ת ברובה דאין לפרש כמו לאביי אי לאו דגמרינן מהאי דהא לרבא א"א לגמור מזרוע בשילה ודו"ק. עוד הקשו התוס' על רש"י מהך דשתי מנחות שנתערבו דאמרי' לרבנן בטילי ורק לר"י פריך בגמ' משום מב"מ אלמא דגם בקדשים יש ביטול:

ונלענ"ד בהא דהתוס' לשיטתם שפיר הקשו אבל רש"י לשיטתו לק"מ דהנה תוס' סברי דהא דר"י מב"מ לא בטיל לא הוי אלא לח בלח אבל יבש ביבש בטיל והקשו על עצמם מהא דשתי מנחות דמיירי ביבש ותי' דא"כ קמח בקמח הוי יבש מ"מ הא מיירי שנתרככו בשמן וקבלו טעם עוד תי' ביבמות שאח"כ יאפו ויקבלו טעם ע"ש והנה תי' האחרון של תוס' תמוה מאוד דכיון שבטל קודם אפי' א"כ איך יחזור אחר אפי' שלא לבטל הא לר"י ודאי דאינו חוזר וניעור דאי נימא דחוזר וניעור א"כ מה תי' נ"מ אהא דר"י סובר מעלין את המדומע דמיירי ביבש הא אח"כ ודאי שיטחנו החיטין ויאפו אותם ללחם ויחזור וניער וא"כ מה מהני מה שבטלו החיטין א"ו דלא חוזר וניער לר"י דאף דמין בא"מ ביבש לדידן חוזר וניער אח"כ כשיבשל היינו משום דנותן טעם והוי כהיכר האיסור דתו לא בטיל ומש"ה שפיר חוזר וניער אבל לר"י במב"מ ל"א כן וע"כ דברי התוס' לע"ג:

והנה רש"י שם ביבמות סובר דר"י אפי' ביבש מב"מ לא בטיל וא"כ הא דשתי מנחות לא מיירי בלח אלא ביבש ומש"ה א"ש לרבנן בטיל דהא דאמר רבא בקדשים לא בטיל היינו טע"כ לח בלח אבל ביבש בטיל, ואדרבה מכאן ראי' לשיטת רש"י דר"י אפי' ביבש לא בטיל דהא כאן ע"כ ביבש מיירי בגוונא שלא קיבל טעם וקמח הוי יבש לדעת רש"י דאי בלח ונתן טעם א"כ לרבא הא לא בטיל כלל ומה מהדר רבא ע"ז שליק הא לא בטיל כלל לשיטתו בקדשים ועי' נוב"י סי' ל"ה יו"ד ודבריו צ"ע וכמ"ש ע"ש · והנה בתוס' הקשו לקמן על הא דפרש"י דלר"ם לא קשה לבטל קומץ לשיריים ויפ"י רובא קמחא דכיון שבטיל הוי כמאן דליתא והקשו בתוס' דרש"י סותר עצמו מכאן דכאן פרש"י דבטיל והוי רובא שמנה, ונלענ"ד דלפמ"ש דכאן מיירי ביבש לק"מ וי"ל דהאי דלקמן דמיירי מביטול מב"מ ברוב דאף דלענין מב"מ של ר"י אמר לקמן דהוי אינו מינו משום דר"ם מ"מ לענין ביטול ברוב הא הוי מין אחד בשמא ובטעמא וא"כ הא ודאי דכל מב"מ שבטל ברוב הוי כמאן דליתא וכמ"ש הרא"ש פ' ג"ה ע"ש דהא אינו חוזר וניעור אפי' אם יבשלו את התערובות אחר שנתבטל וא"כ שפיר כ' רש"י דהוי כמאן דליתא ולא הוי רובא משא"כ בהך שתי מנחות דבטילי משום שליק וכדרבא וא"כ בטיל באינו מינו ביבש וכל שבטיל ביבש בא"מ לא הוי כמאן דליתא דהא כשאופה אח"כ חוזר וניער והוי רובא שמנה וא"כ פשוט הוא בכל מין בא"מ דלא הוי כמאן דליתא דהא אח"כ כשיבושל יחזור וניער ועוד דהכי מנחות גופייהו הא יאפו אח"כ ויחזור וניעור ויהי' רובא שמנה ולע"ג דלענין שיחזור השמן ויהי' שייך למנחה שלה לענין

לענין זה ודאי דלא מהני שלמיים כלל דהא כבר נתבטל ונלקח ממנה אבל עכ״ם יחזור וניעור ויהי׳ רובה שמן וזהו סברא ברורה למבין ול״ק קו׳ התוס׳ — ובזה מיושב נמי מה שהקשו התוס׳ על הסוגי׳ דכאן דפריך לר״י הא לא בטילי דהוי מב״מ וקשה דילמא אתי׳ מתני׳ כר״ח דלא הוי מב״מ דא״א למבטל להיות כבטיל — אבל לפמ״ש א״ש מאוד דקו׳ הגמ׳ ממנים אי הוי מב״מ א״כ לא בטיל כלל ואי דהוי מבא״מ משום דא״א זה להיות כזה ובטיל א״כ הוי לענין ביטול עכ״ם מב״מ דבטיל ברוב עד דהוי כמאן דליתא ולא הוי רובה כלל וע״ז מהני רבא דבטל מטעם סליק והוי כביטל יבש ביבש באינו מינו וביטל זה לא הוי כמאן דליתא דהא אם יבשלו יתן טעם כהנ״ל :

הנה לקמן דף מ״ה הקשו בתוס׳ אהא דפריך שם הא מולקה עדה הספר יליף לה והקשו שם מאי לא מהכן דאי מולקה היא עד דאיכא עולין ומב״מ וא״כ לריך קרא שם באם אינו ענין אפי׳ עולין בלבד ובמבשא״מ נמי לא בטיל — ולענ״ד נראה ליישב בהקדם תחילה דהכא הגמ׳ מסיק בקושיא בין לרבנן בין לר״י דילמא עד דאיכא תרתי עולין ומב״מ וכי סליק דלפי השתא ל״ק לרבנן קושי׳ הגמ׳ דבאמת סברי רבנן עד דאיכא תרתי אלא לר״י קשה ורצה שם ליישב אף לר״י ועלה בדוחק ע״ש דף פ״א בליק : ואמנם הר״ן בנדרים דף נ״ב כ׳ דלרבנן אפי׳ אינו מינו כל שהם עולין ושוים בהיתר אינם הולכים אחר הטעם והוי מב״מ ע״ש היטב ברין : ונלענ״ד להביא ראי׳ ברורה לדעת הר״ן וסי׳ דהא דאין קומץ מבטל חברתה הוי הטעם משום דאין עולין מבטלין זא״ז וכמ״ש רש״י לקמן ק׳ והשתא אי כיתא לרבנן דוקא מב״מ ועולין א״כ קשה כימא סליק את מינו כמו שאינו וליבטל קומץ בחברתה נמי דודאי כמו דלר״י אמרי׳ סליק כן נמי לרבנן אי צריך מב״מ דבהא לא פליגי אלא ודאי מוכח דלרבנן עולין אפי׳ אינו מינו לא בטילי וזה ברור: והנה התוס׳ הקשו אהא דאר״י במנחת כהן משיח פסולה דא״כ אפי׳ בשתי מנחות נמי וכן בקומץ לבטל חברתה ע״ש סליק : ונלענ״ד ליישב ולומר אכי דגם ר״י מודה לרבנן דעולין לא מבטלי אהדדי אלא דהוא סובר דוקא עולין השווין בכל דיניהם לגמרי כשתי מנחות או קומץ חברתה ולא אפי׳ באינו מינו לא בטיל והרבנן ואלא במנחת כהן ומנחת נסכים שאין דיניהם שוים לגמרי לענין בלולה והכי בטילי באינו מינן ועי״ סליק : והנה לפי הנתבאר א״כ הא כתב קרא ג״ש הקטרה הקטרה לומר מה קומץ אין מבטל חברתה וא״כ מוכח מקרא זה דאין קומץ מבטל חבירו וע״כ אפי׳ באינו מינו עולין לא מבטלי בין לר״י ובין לרבנן וא״כ ל״ל ולקח ולפמש״כ בדעת רש״י הך קרא דמדם הפר קרא יתירא הוי דל״ל למכתב מדם הפר ודם השעיר וא״כ ל״ל הך קרא אלא ע״כ אתי קרא לאם אינו ענין להורות אפי׳ עולין שאינן שוים לרבנן ולר״י במב״מ אפי׳ אין עולין כלל — והשתא נאמר דהא דפריך הגמ׳ בין רבנן ובין לר״י דילמא עד דאיכא תרתי היינו קודם שידע מהג״ש דר״ז הקטרה הקטרה אבל אחר שנודע מהג״ש זו א״כ כבר מוכח מג״ש זו דאפי׳ עולין ואינו מינו נמי לא מבטלי אהדדי וסברי רבנן ור״י דתו אין לאוקמי לאם אינו ענין דוקא לעולין שאינם שוים לגמרי ובמב״מ דכיון דידעינן מג״ש עולין ושוים ואפי׳ מין באינו מינו מכש״כ דמין במינו ועולין אפי׳ אינם שוים לגמרי דלא בטילי, דיותר סברא במב״מ בעלה ועולין אף דאינם שוים בדינם לגמרי שלא לבטלי מאינו מינו ועולין שוים וכיון שכן ע״כ קרא דולקח אתי לעולין אפי׳ אינם שוים ואפי׳ מין בא״מ לרבנן ולר״י אפי׳ אינם עולין כלל ול״ק קושי׳ הגמ׳ דילמא עד דאיכא תרתי לא לרבנן ולא לר״י, וממילא דל״ק נמי קושי׳ התוס׳ דלקמן דף פ״א דהשתא פריך ל״ל קודם הם ודו״ק כי זה נכון בס״ד :

דין ה׳.

חמץ של נכרי שקע״א אי אסור אח״פ.

בדין זה פליגי המג״א והח״י דהמג״א אוסר אח״פ אף בשל נכרי וקע״א והח״י סובר דלא קנים דכיון שהחמץ הוא של נכרי ולא של ישראל למי יקנסו וע״ש — ונ״ל להביא ראי׳ לח״י דהנה במשנה חמץ של נכרי שעבר עליו הפסח מותר בהנאה ושל ישראל אסור משום שנאמר לא יראה וקשה מאוד למה נקט התנא דוקא של ישראל ומחלק בין של נכרי לשל ישראל הא בשל נכרי נמי משכחת לאסור כשעבר עליו על ידי שקע״א ולא הוי לו להתנא לחלק אלא בין חמץ שעבר עליו לחמץ שלא עבר אלא ודאי נראה דבחמץ של נכרי לעולם מותר אפי׳ אם עבר עליו הישראל וכהח״י — ובהא יש לי ליישב דקדוק אחד שמדקדק הצל״ח למה נקט במתני׳ משום שנאמר לא יראה שהוא לאו מפורש בתורה ולמה לא נקט לאו שמוקדם לא ימצא — וי״ל דהנה קיבל אחריות בחמץ של נכרי ילא לנו מלא ימצא והאסור שאינו עובר על ב״י אלא על בל ימצא וכן נראה מלי׳ הפ״מ, ואפי׳ אם עובר על שניהם מ״מ מלא ימצא נפקא לן וא״כ משום נקט התנא דרצה למעט של נכרי אינו אסור אח״פ אפי׳ אם עבר עליו בבל ימצא ולכך נקט ושל ישראל אסור משום שנאמר לא יראה וי״ל דוקא אותו חמץ שבא איסורו מבל יראה אבל אותו שבא מבל ימצא אינו אסור וזהו נכון :

והנה הר״ן כ׳ דלר״ש דקנים לאו דוקא לדידיה קנסוהו רבנן אלא אפי׳ לאחרים אסור והביא ראי׳ מברייתא דמאן של ע״ע דחולין ע״ש — ולכאורה דברי הר״ן ז״ל תמוהים מאוד דלמה לו להביא ממרחק לחמו הא כן מוכח מגופה דמתני׳ דאי ס״ד לאחרים מותר משום שהם לא עברו א״כ למה נקט התנא חמץ של נכרי מותר משום שלא עבר עליו שום אדם ליתני רבותא יותר דאפי׳ של ישראל דהאי ישראל עבר עליו מ״מ אינו אסור אלא לו אבל לאחרים שלא עברו מותר ואנא ידענא מכש״כ של נכרי דלא עבר עליו שום אדם דמותר לכל ישראל וזהו לע״ב — ונראה מזה ראי׳ ברורה דהר״ן סובר כח״י ולפ״ז לא מוכח ממתניתין דיו״ל לעולם של ישראל נמי מותר לאחרים והא דנקט של נכרי מותר איירי אף שעבר עליו ישראל וכגון שקיבל עליו אחריות שעבר עליו ומ״מ מותר גם לישראל זה שעבר וזהו רבותא גדולה ומש״ה הוצרך הר״ן להביא ראי׳ מברייתא דחולין :

ולפמ״ש יש לומר חידוש נאה דהנה לעיל כתבנו והוכחנו דהא דאמר רבא ע״י תערובות מותר היינו דמותר לגמרי גם החמץ שבתוכו ולא מטעם ביטול שנתבטל אלא דלגמרי מותר דלא קנים ע״י תערובות כלל וכמו שכתבנו לעיל בטעמא דמילתא והכ״מ שא״ל להוליך הנאה ליה״מ כלל וגם מש״ה לא בטיל בפסח דה״ל דשיל״מ עיין לעיל, ולכאורה מנ״ל לרבא ללמוד כן לר״ש דילמא ר״ש כשאסר חמץ אח״פ הוי איסורא דרבנן כשאר איסור ואף דע״י תערובות ליכא למקנסיה וכמו שכתבנו לעיל דליכא למגזר שמא ישהה בשביל שיתערב מעצמו מ״מ מנ״ל הא דילמא טעמא דר״ש משום שנעבדה בו עבירה בחמץ זה ובאמת כן הקשה הפמ״ג דה״ל לאסור משום שנעבדה בו עבירה וממילא שאף בתערובות צריך עכ״פ ביטול בשאר אי׳ דרבנן ומנ״ל לרבא דכל הטעם של ר״ש הוי משום קנסא ולומר דבכל היכא דלא שייך קנסא מותר לגמרי — ונראה שילא לו לרבא כן מהא דנקט התנא שהוא כ״ש דוקא של ישראל הא של נכרי אפי׳ אם עבר עליו הישראל מותר וקשה הא נעבדה בו עבירה א״ו כל טעמו של התנא לא הוי אלא משום קנסא ובשל נכרי דליכא למקנס את הנכרי מותר אף שעבר הישראל וא״כ מוכח כל הדין דלפ״ז שהוא מטעם קנס ממילא דע״י תערובות דלא שייכא גזירה שמא ישהה ליכא למקנסיה ומותר לגמרי — ועפ״ז יש ליישב הא דאמר ואזדא רבא לטעמיה דאמר רבא כי הוינא בי״ה כ״כ כו׳ פוקו וזביני חמירא דבני חילא דלכאורה קשה ל״ל הך דרבא אזיל לטעמו הא בלא״ה קשה מתני׳ ר״ש לאיסורו של רבא וא״כ ודאי שהלכה כמותו — ונראה דהנה הרא״ב״ד ז״ל השיג על הר״מ שסובר אפי׳ בנכרי אנס עובר ב״י והקשה הרא״ב״ד מהא דר״כ שאמר להם לזבין מבני חילא והר״מ הא סובר דבני חילא הוי מאנסין את הישראל על השמירה שלא בהלוכה שמזה למד הר״מ דין שלו וא״כ ודאי שהי׳ מהן שלא יכלו להחזיר החמץ לבני חיל ואיך א״כ כאן שמותרים ליקח מהן הא עבר הישראל על ב״י ואסור אחר הפסח עיין בלח״מ פי׳ זה — ולפ״ז סובר הרא״ב״ד כמ״א דבקיבל אחריות ג״כ אסור וכן סובר הר״מ והנה לעיל הא הוכחנו שיטת הח״י ממתני׳ ומהא דר״כ שאמר פוקו זביני שמילא נמי מוכח לפ״ז דאינו אסור חמץ של נכרי שקע״א אח״פ דאל״כ קשה קו׳ הראב״ד איך הותר ליקח מהם הא יש מהם שאנסו הם הישראל לשמרו — ולפ״ז מוכח נמי דר״ש רק קנסא קנים ומש״ה לא קנים בשל נכרי וכמ״ש אבל אי הוי משום שנעבדה בו עבירה א״כ בשל נכרי וקע״א נמי וזהו שאמר ואזדא רבא לטעמו היינו הא שאמר לאחר זמנו מותר ולגמרי מותר ולא משום ביטול וע״כ טעמא דר״ש משום קנסא ובכה״ג לא קנים כלל ואזיל לטעמו דר״כ אמר פוקו וזביני ומוכח דחמץ של נכרי וקיבל אחריות מותר ואמאי הא נעבדה עבירה א״ו רק משום קנסא וא״ש הכל בס״ד :

דין ו׳.

אם נתחמץ עיסה בשמרי שכר שעבר עליו הפסח.

ואם נתחמץ עיסה בשמרי שכר שעבר עליו הפסח כ׳ המ״א בשם מהר״ם לובלין לאסור דלטעמא עבידי והוי כבעין — ומצאתי בחים אוים ק״י שהביא בשם הגאון מהר״ם א״ש ז״ל בעל המחבר אמרי אש דלפי מה שפי׳ הרא״ב״ן בהא דאמר רבא כי הוינא בי״ה כ״כ ואמר פוקו זביני ופי׳ הרא״ב״ן שהיו היהודים אופין לחיל של מלך לאחר הפסח וע״כ בשאור שעבר הפסח אפו לה דאי לא במאי מחמצי לה וא״כ כיון שהשאור מעורב בעיסה אייתי לן ונאכל אע״ג שאותן שהיו בביתם עברו על ב״י והוי חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח אלמא כי מעורב לא קנים ואע״פ שערבו בידים לא לצורך עצמן ערבו מרבו אלא לצורך גוים עכ״ל הרא״ב״ן ואמר הגאון מהר״ם א״ש ז״ל דלפ״ז אפי׳ שמרים שנתערבו ואכלו נמי מותר והא דהמ״א לובלין הוא סובר כשור שצריך ס׳ וא״כ דבר המעמיד לא בטיל אבל אנן דקיי״ל כהפוסקים בכמ״א שלא צריך ס׳ וא״כ נ״ל שום ביטול ומותר גם מעמיד ע״כ. — והש״ם ז״ל דחה

דהא דלא קנים כ"ם ה"ע משום דלא נתקיימה מחשבתו כשקנסו בעינא אבל בשאור ושמרים דכל עלמא איכא עומדין אלא לערבן הרי נתקיימה מחשבתו וע"ש דמוקי לה לאה דרמב"ן בדוחק גדול ועיין ספר אמרי בינה שחולק על הש"ס. — ולענ"ד נראה שלדקו דברי הגאון מהר"ס א"ש ז"ל ומה שטען המ"ם ז"ל דנתקיימה מחשבתו אינה טענה דא"כ אפי' בחמץ שאינו עומד להתערב מ"מ הא נתקיימה מחשבתו שלא הפסיד החמץ שהרי נתגבה תערובות על ידו וא"כ הרויח במה שלא השבית את החמץ ולא שרפו ועבר עליו בי' שע"כ יש לו עתה יותר והנאה מחמץ עצמו ואף שאין אנו מתירין לו בעינא מ"מ מרויח בשיעורו ולא הפסיד כלום. אלא ודאי טעמו דר"ם שלא קנים אלא כדי שלא ישהה לכתחלה כדי להנות עמנו וכשאנו אוסרין לו החמץ בין בעין ובין אם עירבו הוא במזיד ולא הותר לו אלא כשנתערב לו בשוגג כבר הועילו חז"ל דמי ישהה חמץ אדעתא דשמא יתערב לו בשוגג דלא שכיח כלל ומש"ה מותר דכל דליכא גזירה ליכא קנסא וא"כ כן נמי בשמרים כיון שאם עירבן הוא אסור לו אלא כשנתערבו בשוגג וא"כ לא נתקיימה מחשבתו שהוא חשב להשהות כדי שיתערבן הוא עצמו ובהא אסור וא"כ לא נתקיימה מחשבתו שהרי ע"ז ודאי לא סמך עצמו להשהות שמא יתערבו בשוגג ואם אירע כן שנתערבו בשוגג אין חילוק בין דבר המעמיד דבכה"ג לא קנום כ"ם וכמ"ש לעיל:

והנה למ"ש לעיל אפי' לדעת הטור אפשר להתיר דכיון דלר"ם לאו מטעם בטל מותר אלא דלא קנים ע"י תערובות ומותר לגמרי א"כ מ"ל דבר המעמיד כל שנתערב לא קנים דלא מהני ליה משום שמא יתערב בשוגג ולא נתקיימה מחשבתו והא דלריך הטור ס' משום שמא יתערב תוך הפסח בכ"ע ויעבור ב"י גם על התערובות ולא חילקו בין נתערב תוך פסח לאח"פ משא"כ בס' ואף שהוא דבר המעמיד מ"מ הא אם נתערב דבר המעמיד בפסח ג"כ אינו עובר וליכא למיגזר כלל. אלא אם נראה לסמוך לדעת הטור מ"מ לדידן שאינו לריך ס' ואפי' כ"ע מותר א"כ ודאי של"ל דע"י תערובות מותר לגמרי אפי' החמץ שבתוכו דאל"ה למה לא לריך ס' הא כ"ע וכיון שכן ודאי שיש לסמוך ולהתיר בשמרי שכר כנ"ל:

כלל יט.

נוקשה ומי פירות.

דין א.

עיסה שנילושה במ"פ עם מים או בלא מים.

דעת רש"י מ"פ בלא מים כרת ליכא אבל נוקשה הוי, ונראה דראיית רש"י ז"ל מהא דסומך האדומי דמתני' דקרי לי' חמץ דגן גמור ע"י תערובות וא"כ בלא מים הא איכו ח"כ ולא הוי ח"ג כלל וע"כ עם מים מיירי ומוכח דהוי חמץ גמור וכן הקשה הרשב"א על הר"ת ומה שתי' הר"י דמיירי ששם השעורין במים תחלה נראה דוחק דלמה עושין כן בשלמא עם מים יחד היו עושין כן כדי שלא יהי' היין עוב כ"כ ושיהיה חומץ אבל השעורין למה יתנו אותם תחלה במים ואי דמיירי שעשו כן זהו לא הוי משמעות המשנה דתני מיני מדינה שנוהגין כן. — וא"כ מוכח דעם מים הוי חמץ גמור וע"כ הא דאר"ל אין חייבים על חימוצה כרת מיירי בלא מים. — עוד נראה להביא ראי' לדעת רש"י מהא דתנן תפוח שריסקו ונתנו לתוך העיסה וחימצה אסורה וקשה מאד אי מ"פ לבדם אין מחמיצין כלל א"כ עם המים ג"כ לא התפוח הוא שמחמיץ אלא המים אלא שאין בו כח להחליש כח המים לגמרי וא"כ אמאי אסורה העיסה הא לא התפוח הוא המעמיד אלא המים והפמ"ג הקשה דהוי זוז"ג וזה ג"כ קשה אבל קושייתו יותר קשה הא התפוח בלא מים אין מחמיץ כלל. — ולר"ת צ"ל דמיירי שעיסר התפוח להחמיץ ונתמלא העיסה קודם שהי' נתמלא במים לבד. וא"כ לאינו שהתפוח גרם החימוץ וגם קו' הפמ"ג ל"ק לפ"ז כמובן. אבל מ"מ קשה דלפ"ז הא מוכח שמ"פ ממהרין להחמיץ וא"כ תקשה אהא דר"ע שסובר מותר ללוש אפי' לכתחלה ומשמע שהוא סובר שאין ממהרין להחמיץ ואי הקשה מתני' אתי' כחכמים ולא כר"ע א"כ תקשה אהלכתא דקי"ל כר"ע. ועיין לקמן ד"ה ובהא כו' מ"מ שם. — ומכ"ז נראה דלא כפ"ח שסובר דמודה רש"י לענין דיכא דמ"פ בלא מים מותרין לגמרי דא"כ איך נפרש הא דתפוח למאי דסובר רבא ולדיכא דידן א"ו דלא פליג רבא אר"ל כלל שגם הוא סובר מ"פ הוי נוקשה וכן סברי התוס' בדעת רש"י דרבא לא פליג אר"ל וכן הסברא דאיך נשוה אנן פלוגתא מה דלא הוזכרה בש"ס דאי הוי פליג רבא הי' הגמ' אומרת ופליגי אדר"ל א"ו דלא כפר"ח וקו' התוס' על רש"י כבר תי' התוס' במנחות באופן דלא פליג וכן נראה לי דיש לחוש לפ"ז לדברי רש"י דמ"פ לחודא הוי נמי נוקשה גם הרא"ש בהשגתו על הר"ת כי שאין דעת רש"י דליכא דמ"פ מותרים ולא כהר"ת וא"כ מוכח דלא כפ"ח בדעת רש"י. — והנה לכאורה השגה זו של הראב"ד על הר"ת הי' פלא מה זו השגה מרש"י במקום שרוב הראשונים חולקים על רש"י ומה גם שהרשב"א הבי' בשם הראב"ד עצמו שהוא מיקל דלא כרש"י כמובא בפ"ח ונראה דהראב"ד השיג על הר"ת משום שהר"ת פוסק מ"פ לבדם כר"ת דמותרין ועם מים פסק כרש"י דהוי ח"ג וא"כ קשה איך יפרנס הא דר"ל דאמר אין חייבים כרת בלא מים הא מותר לגמרי וע"מ הא הוי ח"ג וזהו הי' דוחק להראב"ד לומר דר"ל מיירי בלא מים ורבא פליג על ר"ל וכמ"ש לעיל ולכן כי שאין הכל מודים לו ור"ל לפי שיטתו דמ"פ ע"מ הוי חמץ גמור ע"כ לריך לומר כרש"י דבלא מי' נוקשה הוי והראב"ד עצמו דמתיר מ"פ הייכו משום דסובר לגמרי כשי' ר"ת. — ועיין לקמן מ"ש לדעת הר"מ:

והנה עוד הי' נראה להביא ראי' לדעת רש"י מהא דר"ע ל"ע פרק לכילוסה ביין כו' וקשה קו' הרמב"ן ל"ל לחם עוני הא כל דליכא שימור לאו מלה הי' וע"כ ל"ל דקרא בא למ"פ עם מים וא"כ ע"כ דמ"פ ע"מ הוי חמץ גמור דאי ס"ד נוקשה וכר"ת א"כ הא נוקשה דרבנן ול"ל לחם עוני, והר"ת אפשר דסובר נוקשה דאו' אבל רש"י סובר דרבנן וא"כ ע"כ מ"פ ע"מ ח"ג ור"ל ע"כ בלא מים מיירי. — והנה בפ"ח כ' דהראשונים שסוברים מ"פ ע"מ הוי נוקשה ע"כ פליגי על הר"מ שכ' דיולאין במ"פ ע"מ ידי מלה דהא הוי נוקשה ולא הוי אלא דרבנן ול"ל שימור תהו כמ"ש והי' נראה לשי' רש"י אלא דלפ"ז ודאי תיקשה על רוב הראשונים שסוברים מ"פ ע"מ לא הוי אלא נוקשה איך יפרנסו הא דר"ע וכמו שהקשה הפ"ח אשר ע"כ נ"ל דודאי הרמב"ן שפיר הקשה על שבעל המאור אבל קו' הפ"ח לק"מ — ואומר אני דאף למ"ד נוקשה דרבנן מ"מ לא ילא בנוקשה ידי חובת מלה של פסח דאף דלא הוי חמץ כלל מה"ת מ"מ מלה לא הוי וראיתי מהא דנסתפקו התוס' במנחות בשיאור דר"י דאפשר דלא הוי אלא מדרבנן ומ"מ פסול למנחות מקרא דמלה תהיה אף דאין לוקין עליו משום לא תאפה חמץ מ"מ מלה לא הוי וא"כ גם לענין מלה של פסח נמי לא הוי מלה, ואין להקשות הא בכל ימי פסח כתיב שבעת ימים תאכל מלות ומ"מ מותר לאכול נוקשה מש"ה זהו נקי"מ דבשאר ימים כתיב לא תאכל חמץ שבעת ימים תאכל מלות ואמרי' דקאי על לא תאכל חמץ והייכו דשבעת הימים תאכל אותם מלה אשר אין בה שאור של לא תאכל חמץ והייכו אפי' נוקשה אבל בערב תאכלו מלות לא כתיב גבי לא תאכל חמץ וא"כ ע"כ מלה גמורה לריך לאכול וכל דגבי מנחות לא הוי מלה גם לחובת מלה של בערב לא ילא והדבר ברור, וא"כ הרי כל מ"פ עם מים לריך שימור לשם מלה של חיוב ושלא תהיה נוקשה ומש"ה קרינן בה ושמרתם ויולא י"ח בערב. וזהו דבר ברור מאוד אבל הרמב"ן שפיר הקשה על המאור שהוא מפרש דבכי ר"ע במ"פ לבד וזהו מותר לגמרי דאפי' נוקשה לא הוי ולא לריך שימור כלל ודו"ק:

ולפ"ז אין לריכין לדחוק לדעת רש"י דמוקי להא דר"ע במ"פ בלא מים לאוקמי קרא דלחם עוני עם מים אלא אפי' בלא מים נמי לריך קרא דשמירה שייך בה שיהיה מלה כיון דפסול למנחות דלפי דעתי גם שיאור דר"מ לדידן פסול למנחות ממלה תהי' ול"א בגמ' דהוי מלה מעלי' אלא לר"י אבל לא לדידן דקרקרי חגבים הוי חמץ גמור והכסיפו הוי שיאור ודו"ק: ולפמ"ש א"ש מה שנתקשה בפ"י על ר"י למה החמיר בשיאור שלו ישרף ובשיאור דר"מ לא ישרף ולק"מ דשיאור דידיה דלא ילא י"ח בו דלאו מלה הוא מה"ת מש"ה החמירו חז"ל ועשאוהו כחמץ גמור כיון דילא מכלל מלה אבל דר"מ מלה מעלי' ויולא י"ח בערב לא החמירו בה כ"כ — ולפמ"ש נתיישב קו' הלל"ח שהקשה ל"ל הקישה דלא תאכל עליו חמץ למעט אורז ודוחן הא כל שלא לריך שימור לאו מלה הי' ולפמ"ש לריך ההיקש לעיסה שנילושה במ"פ לרש"י או לר"ת במ"פ ע"מ דאי מושמרתם הא איכא שמירה כדי שלא תהי' עכ"פ נוקשה ופסולה ללאת בה ואם שמירה מחמץ זה הוי מלה ויולא בה ואתי ההיקש לומר דמ"מ לא ילא כיון דאינו יכול לבוא לכלל חמץ גמור והר"מ שפוסק דילא במ"פ עם מים משום שהוא סובר דלא בא ההקש למעט אלא מין דלא יכול לבוא לידי חמץ כגון אורז ודוחן אבל כל שיש במין זה לבוא לחמץ לא נתמעט, אבל שאר הראשונים אפשר שדרשו אותו גם לעיסה של דגן שנילושה באופן דלא ראוי להיות אלא נוקשה, וממילא דלרש"י הסובר מ"פ ע"מ הוי ח"ג יש מכאן ראי' גדולה לשיטתו דמ"פ בלא מים הוי נוקשה עכ"פ דאי מותר לגמרי א"כ ל"ל הקישא ממכ"פ אי בלא מים הא בלא היקש נמי לא ילא מקרא דושמרתם ואי עם מים הא מהיקש נמי ילא שהרי יבוא לידי חמץ גמור — ואמנם זהו שכתבתי דהר"מ אינו סובר ההיקש אלא למין דגן זהו דוקא אי סובר הר"מ מ"פ ע"מ הוי נוקשה אבל אי סובר דהוי חמץ גמור וכמו שפי' בו הפ"ח וכנראה מדברי הר"מ אז אפשר דהר"מ סובר ההיקש אפי' לשאר עיסה אלא דמ"מ יולא דהא מ"פ עם מים יכול לבוא לחמץ גמור, ולפ"ז תסור קו' הלל"ח על הר"מ ל"ל ההיקש הא סגי מושמרתם. ובזה הי' אפשר ליישב השגות הראב"ד שהבי' בשם יעקב דמשיג על דין של הלכה א' ונראה מדברי הראב"ד שמשיג דאורז הוי עכ"פ נוקשה והוא תמוה — אבל לפמ"ש א"ש דהראב"ד השיג דע"כ מוכח דאורז

עכ"פ

עכו"ם נוקשה הוי דלאו"ה ל"ל היקשא כלל הא ממועט מוסמכתא וזהו שאמר אין הכל מודים כ"ל דמי שסובר מ"פ בלא מים מותר לגמרי ועם מים הוי ח"ג א"כ ע"כ סובר דאורז הוי עכו"ם נוקשה ואז צריך היקישא אבל אי אורז אפי' נוקשה לא הוי א"כ לא בעי שיעור כלל וממועט בלא היקשא מוסמכתא — אלא דא"א לומר דהוי נוקשה כדמוכח מלקמן דף קי"ד דר"ה פי' שני תבשילין סלקא ואורז ואומר ר"א לית דחש לאה דריב"כ ומותר לגמרי כמו שהקשה בחק יעקב — ונראה לי דלשי' רש"י יש ליישב דהנה הצל"ח הקשה שם מנ"ל לר"א דלית דחש דילמא ר"ה אמר לבשלם עם מ"פ וכו' שם דמזה ראיה ברורה לשי' רש"י דמ"פ הוי עכו"ם חמץ נוקשה ושפיר הוכיח ר"א — והשתא לפ"ז ל"ק על הצל"ח דאפשר דלדידן נמי נוקשה הוי עכו"ם דלמה נעשה פלוגתא רחוקה כ"כ בין תנא דמתני' לריב"כ דריב"כ סובר חייבים כרת על אורז ותנא סובר אפי' נוקשה לא הוי, א"ו דהוי נוקשה והא דהתיר ר"ה הייכו עם מ"פ דכיון דאורז נופה עם מים לא הוי אלא נוקשה דרבנן ועם מ"פ הוי תרי נוקשה ולא חיישי' לה כלל ולכן נראה דלא תיובתא הוי מזה להצל"ח אלא אדרבה סייעתא איכא לדבריו' קשה מאי קמ"ל ר"א בהא דאמר ש"מ לית דחש לריב"כ הא ודאי כן מוכח. ועוד קשה למה הביא הא בברייתא דריב"כ דאמר חייב כרת ולמה לא אשמועינן ר' אסי יותר דאפי' לברייתא קמא דקתני גם ריב"כ אוסר באורז משום שקרוב להחמיץ נמי לית דחש דהא ר"ה מתיר לגמרי א"ו דר' אסי בא לומר דלית דחש לסך דוקא דחייבין על חמיצה כרת דזה מוכח מדהתיר ר"ה לכתחילה אפי' אם נוקמיה שהתיר עם מ"פ שאם חיישי' לכרת אז אפי' עם מ"פ אסור עכו"ם מדרבנן כנוקשה אבל זה לא מוכח דלית דחש לגמרי שאפי' איסור אין בו וקרוב להחמיץ דאפשר שקרוב להחמיץ והוי נוקשה ור"ה לא התיר אלא עם מי פירות דהוי תרי נוקשה ונראה להצל"ח ודו"ק:

ובהא דאין מחמיצין בתפוחים כדחק בפר"ח לדעת רש"י ע"ש ולענ"ד מיירי שנילושה במים וכמשמעות הלשון דנקיט אין מחמיצין ולמה לא נקיט אין לשין ללחמי תודה בתפוחים א"ו דלאו מלישה איירי דהלישה עשה במים אלא משום דלמצוה מן המובחר היה צריך להביא שאור ולהחמיץ כדקתני במתני' פלוגתא דר"י ור"מ איך יעשה בשאור והא ודאי דאפי' לא נתן שאור כלל אלא החמיץ מאליו נעשה חמץ גמור ויצא אלא דמ"מ מצוה לכתחילה ליתן שאור — ולפי דעתי הכוונה בזה כדי שיעשה איזה מעשה למצות השאלה שאם לא עשה אלא הניחה כן שתחמיץ מאליה לא עשה בה שום מעשה ולא קיים העשה כתקנה אף שיוצא בדעבד שהרי הביאה חמץ אבל לא עשה הוא מעשה חימוץ שאין בכה"ג לא תלקות על לא תעשה חמץ על הבאים ולא קיים מצות עשה לאותן הבאים חמץ ועי"ז קאי הברייתא אם יכול לקיים אותה המצוה ע"י שיתן תוך העיסה תפוחים לתחילה דאף שנעשה חמץ גמור אם הניחה כן בלי עסק דה"ל מ"פ עם מים מ"מ הוא לא עשה כלום לשי' רש"י דס"ל נוקשה דרבנן וא"כ אותו החימוץ שמיהר להחמיץ משום התפוח לא הוי חמץ מה"ת ורמב"ג ס"ל חמץ גמור והוי סובר הגמ' שאין התפוח ממהר להחמיץ כלל לרבנן ולכך פריך לרבנן מתפוח שריקו ומשני דעכו"ם נוקשה הוי הא שמיהר להחמיץ ומש"ה אסור שפיר בתרומה אבל מ"מ אין מחמיצין בלחמי תודה דלא הוי חמץ גמור עד שהניחה זמן שתחמיץ ע"י מים ולא עשה כלום זהו הנראה בפירוש הגמ' — ואי קשי' הא עכו"ם מוכח משם שממהר להחמיץ ולעיל הא כתבתי דרש"י לא חש לממהר להחמיץ לק"מ דהא דפוסק רש"י כר"ע דלא חיישינן למיהר הייכו במ"פ בלא מים דאז כיון שאין בו כח להחמיץ חמץ גמור כלל גם למיהר לא חייש כ"ע אבל עם מים דנעשה חמץ גמור אם הניחה בלי עסק שיעור להחמיץ בזה ממהר להחמיץ ע"י התפוח:

והנה הקשו התוס' על רש"י מהא דר"ל שהוצרך לתרץ על ר"ע שמגבלה במים הא אפי' בלא מים הוי עכו"ם נוקשה ואמר לעיל מדלקי עלה ר"ע חמץ היא למנחות — ונראה לי לתרץ קו' זו, דהנה לכאו' קשה בשלמא לבה"א קודם שידע מקרא דמלה תהיה שפיר אמר מדלקי עלה ר"ע גם למנחות לוקין אבל אחר דכתבה התורה מלה תהי' למעט שיאור ממנחות א"כ ע"כ דאין לוקין על שיאור משום לא תאפה חמץ דאי לוקין א"כ ל"ל מלה תהיה וא"כ קשה בחולין דכבר ידע מקרא דמלה תהיה למה אמר גם שם מדלקי עלה חמץ הוא הא לא הוי חמץ דאל"כ ל"ל מלה תהי', אלא דל"ק דקרא אתי דלא ליתי חלוט או למפסל המנחה דה"א מלא תאפה רק לאפסולי גברא וא"כ איכו מוכח דלא לקי על שיאור והדרינן לסברא מדלקי עלה לפסח חמץ הוא גם למנחות והנה קו' דאימא שיאור הקשה ר"ת והוא לא הקשה שאר הקושי' דחלוט ולמפסל וכיון דהוא לא הקשה אלא קושייתו של שיאור ודאי דלא היה קשה לו שאר הקושי' (ובאמת י"ל דל"ק דלחלוט יש שום מיעט כמ"ש התוס' ביבמות מ' וכן קו' רבינא ל"ק לרבא דאמר כל מילתא דא"כ לא תעבוד כו') ועכו"ם לר"ת לא הי' קשה לו אלא קושייתו וא"כ לדידיה לא כתיב מלה תהי' אלא למעט שיאור וא"כ גם לר"ת דלוקין על נוקשה בפסח מוכח השתא דאין לוקין על מנחות מלא תאפה דאי לוקין א"כ ל"ל מלה תהיה הא כבר ממועט שיאור ממלה תהי' וא"כ ר"ל סובר כר"ת ולכך הוצרך לתרץ על ר"ע מגבלה במים שיהיה חמץ גמור אבל על מ"פ לבד דהוי נוקשה לר"ת לא הוי חמץ למנחות אף דלקי עלה ודו"ק כי נכון. —

דין ב.

אי מותר ללוש במ"פ או ממהר להחמיץ.

הנה כבר ביארנו לעיל דעת רש"י כמ"ש הב"ח דלא חיישי' לממהר להחמיץ ומותר ללוש במ"פ בלא מים אף דהוי נוקשה לשיטתו וא"כ אף אם נחוש לדעת רש"י דמ"פ הוי נוקשה מ"מ מותר ללוש ולזהר, ובמ"פ עם מים לדעת ר"ת וסייעתו דלא הוי אלא נוקשה מ"מ דעת הטור והב"י דלכתחילה אסור ללוש מיהו בדעבד אם לש ונזהר יאפה מיד — אך הרי"ף והר"מ מתירין אפי' לכתחילה ללוש במ"פ עם מים ומוקמי' לה אף דר"ע עם מים — והנה הר"מ בפ"ה כשהתיר ללוש כו' ופרט בפירוש שמותר ללוש במים ושמן ודבש וחלב ויש לדקדק בדבריו למה פרט את אילו ולמה לא כ' סתם מותר ללוש במים ומי פירות דהא לעיל השווה כולן שעם מים מחמיצין ובלא מים אין מחמיצין כלל וכאן פרט את אילו דוקא ונראה דמזה הוציא לו הב"ח בסי' תס"ב בדעת הר"מ דבר חדש שכ' שם הב"ח דהר"מ מחלק בין מ"פ ליין שמן דבש לענין חימוץ וחלב השווה עם יין שמן ודבש ולא ביאר לנו הב"ח לא לענין מה מחלק הר"מ ולא מהיכא יצא לו כן ודבריו צ"ע דלכאו' נראה אפכא דהר"מ כשכ' דין של מ"פ שאינן מחמיצין בלא מים ובמים מחמיצין כ' בפי' שכל המ"פ וכל המשקין בכלל — אבל נראה דכאן בהיתר ללוש עם מים פרט יין כו' וזהו ודאי קשה דאין לומר דמש"ה פרטם משום שרצה ליכתוב ביום ראשון אסור משום לחם עוני והוא הא פסק לקמן דאין לחם עוני אלא ביין כו' ובשאר מ"פ יוצא זה איכו דהא כאן אלכתחילה קאי ולכתחילה הא מודה הר"מ דאין יוצאין ביום ראשון אף בשאר מ"פ כדכתב הב"י וא"כ למה פרט את אילו — א"ו נראה דכשהתיר הר"מ ללוש ולא חש לממהר להחמיץ לא התיר אלא באילו וכמו דנקיט ר"ע כשהעיד שלש לפני התנאים ולא אמרו לו גם ר"ע פרט את אילו ולא נקיט סתם לשתי במ"פ א"ו שבשאר מ"פ עם מים אסור ללוש לכתחילה עכו"ם והטעם לחלק משום דשאר מ"פ עם מים הוי חמץ גמור וכיון דאין המ"פ מחלישין כח המים כלל ודאי י"ל דממהרין להחמיץ אבל ביין ושמן דבש וחלב עם מים לא הוי אלא נוקשה וכיון דהם מחלישין כח המים עד שאפי' כל היום לא נעשה חמץ גמור אלא נוקשה גם אין ממהרין להחמיץ כלל — והשתא הא דכ' הר"מ לעיל בכל מ"פ עם מעט מים מחמיצין אף שכלל כל מ"פ מ"מ לאו בחדא גוונא מחמיצין אלא דבשאר מ"פ מחמיצין חמץ גמור וביין כו' רק נוקשה וסמך עצמו הר"מ על מ"ש לחלק ביניהם בההתיר ללוש — וההוכחה של הר"מ מהא דתפוח שריקו שהקשינו לעיל מאי אסור הא מ"פ לבד אינן מחמיצין כלל וא"כ אפי' בכה"ג דמיירי שנתנו לתוך העיסה של מים מ"מ לא התפוח מחמיץ אלא שאין בו כח להחליש כח המים והמים מחמיצין וא"כ לא הוי התפוח מעמיד וע"כ צ"ל דמיירי שמיהר והחמיץ כדתנן והחמיץ ומוכח דמ"פ עם מים ממהרין להחמיץ וכאן הא הלכתא כר"ע דלא חיישינן לכך ומשום שאין ממהר להחמיץ דאין לומר דלעולם ממהר להחמיץ אלא דמ"מ יכול הוא להזהר דאין זו סברא דיהי' מותר ללוש לכתחילה על סמך זה וכן פי' הס"ע דמש"ה מותר משום שאין ממהרין להחמיץ יותר מן המים וא"כ קשה מאוד הא בתפוח מוכח דממהר וכ"כ הגהות מיימי' וז"ל והה"א דכל שמנחות איירי בעיסה שנילושה כבר במים אז הוא מחמיץ בקל כשלאח"כ כן נותנין בה מ"פ עכ"ל ומבואר דמש"ה אוסר שם משום שממהר להחמיץ — ומשם למד הר"מ לחלק דהא שהתיר ר"ע ללוש דוקא ביין שמן כו' דאותן אינן ממהרין להחמיץ אבל שאר מ"פ ממהרין ולמד הב"ח מזה לחלק דבשאר מ"פ הוי עם מים חמץ גמור ומש"ה ממהרין משא"כ יין שמן כו' לא הוי אלא נוקשה ובהם אין סברא לומר דממהרין להחמיץ כיון דאפי' הניחה כל היום לא נעשה חמץ גמור וזהו שכ' הב"ח דהר"מ מחלק בין מ"פ ליין כו':

ולפ"ז מיושב נמי על הר"מ מה דקשה מאוד איך יפרש הא דר"ל הא מ"פ בלא מים מותר לגמרי ועם מים הא הוי ח"ג ור"ל אמר אין חייבים כרת, אבל לפמ"ש י"ל נמי מש"ה נקיט ופרט יין שמן ודבש דדוקא באילו אין חייבים כרת עם מים אבל שאר מ"פ ח"כ — ולדינא נראה דאף שכתבנו לעיל לחוש לדעת רש"י דאפי' בלא מים הוי נוקשה עכו"ם מ"מ לענין ללוש לכתחילה ולזהר כמו במים נראה להתיר דהכי סוגיא לא מספקינן כיון דלרוב הפוסקים מותר לגמרי אפי' כל היום די לנו לחוש שיהי' כמו מים אבל לענין ממהר אף דרש"י סובר כהלכה דממהר להחמיץ וכמו שהוכיח הב"ח מהא דמסופק רש"י במי ביצים וא"י סובר רש"י דאין ממהרין יותר ממים א"כ מאי מ"מ בספק זה הא סוף סוף נוקשה הוי עכו"ם ואסור א"ו דרש"י סובר מ"פ ממהרין ומש"ה מסופק במי ביצים אי מותר ללוש בהם ולזהר כמו במים, מ"מ אנן סגי לן לחוש לדעת רש"י בהא דהוי נוקשה אבל בהא דממהרין כיון דהרי"ף והר"מ לא חשו כלל גם אנן ל"ח אלא עם מים אבל בלא מים ליכא חששא כנ"ל:

דין ג.

מצה עשירה לצאת י״ח ביום ראשון.

כתב הטור סי׳ תס״ב דמ״ע שנילושה עם מ״פ מותר לאכול בע״פ שאינו יוצא בה ידי מצה וכו׳ עליו הב״ח מנ״ל להטור דאפי׳ עם מים אינו יוצא דהא דאמר ר״ע פרט לנילוש ביין כו׳ היינו שאין בה מים דכיון שאינו יכול לבוא לידי חימוץ א״י ידי מצה אבל עם מים שיכול לבוא לחימוץ והוי מצה יוצא בה ואסורה לאכול בע״פ, וכ׳ דמש״ה פי׳ הטור שנילושה עם מ״פ היינו בלא מים ע״ש והוא תמוה כאשר תמהו עליו המ״א וש״י דא״כ ל״ל לחם עוני הא בלא״ה אינו יוצא שלא בא לכלל חמץ, והדגול מרבבה השיג על המ״א שהוא עצמו כ׳ סי׳ תנ״ד דלא דרשינן הטעם רק לענין שאין יכול להחמיץ ולק״מ דהמ״א הקשה כן על הב״ח שהוא עצמו הביא הטעם: עוד הקשה המ״א מה דפריך גם חלות תודה ותיפוק ליה דהא מצה עשירה והגמ׳ ידע דעם מים הוי אלא מצה דמשו״ה לא ידע דלא הוי אלא רביעית שמן לכל — והנה זו ל״ק דאדרבה י״ל הגמ׳ לא ידע והי׳ סובר דלא נתנו בה מים כלל דאי נותנין א״כ איך יוצאין הא ממהר להחמיץ וכן הקשה המהרש״א. — אמנם בעיקר דברי הב״ח נ״ל שדבריו נכונים מפסק הר״מ שהוא פסק בפ״ו דיוצאין בשאר מ״פ אפי׳ ביום ראשון רק ביין כו׳ אין יוצאין ופי׳ הה״מ דמיירי עם מים דאם לא במים הא ליכא שימור ולא יצא — והנה הפ״ח נתקשה מאוד דמנ״ל הא דאם למד בדברי ר״ע דוקא הנך שהקיט ר״ע ולא יותר זהו א״א לאמרו דא״כ מנ״ל לרבות השלג ואף דהש״ס הוזכר אפ״ה חלב מנ״ל להש״ס ואי ליכא גם חלב א״כ מנ״ל להוציא שאר מ״פ ועוד שהוציא גם מי ביצים ויצא עם מי ביצים וקשה דאי הר״מ מחלק ביניהם משום שסובר. מלך הקבלה שאין כל מ״פ חשובים כמו הנהו למעטם מלחם עוני א״כ ודאי קשה הא מי ביצים כמי חשוב — ועו״ק אולי יש עוד בשאר מ״פ דברים חשובים והר״מ החליט שכולם כשרים לצאת בהם ומנ״ל כל זאת אשר ע״כ סובר הב״ח בדעת הר״מ דהוא לא משום חשובתם חלק אילו מאילו אלא דהר״מ סובר דהא שממעט ר״ע מלחם עוני לא ממעט אלא יין כו׳ שאפי׳ עם מים אינם באים אלא לידי חמץ נוקשה וכמש״ל ומש״ה לא יצא אפי׳ בדיעבד משום דעיקר לחם עוני דכתיב גבי מצות לחם עוני היינו באותה עיסה שאם לא תהי׳ עוני לא תהי׳ מצה שכל שאינה באה לידי חמץ גם מצה לא הוי אבל שאר מ״פ עם מים דהוי להר״מ חמץ גמור וכמש״ל יצא ומש״ה לא חשיב הר״מ אלא אילו, והר״מ לקח לו חילוק זה וקבלה זו מהא דר״ע לא פרט אלא יין שמן ודבש ובגמ׳ הוסיף חלב וקשה מנ״ל להוסיף דילמא דוקא הנהו שיש בהן חשובות וחלב לא א״ו דלאו משום חשובות יצאו לפסול אלא משום דאינם באים לידי חמץ ולאו מצה הם ואי קשי׳ ל״ל לחם עוני לק״מ דה״א דהקישא לא ממעט אלא מין שלא יוכל להחמיץ — וגם אין להקשות ל״ל לחם עוני הא כתיב ושמרתם גם זה לק״מ דאי לא כתיב לחם עוני הוי מוקמינן ושמרתם להכי דאפי׳ קמח דגן עם מ״פ ולא הוי ידעינן למעט מצות של תודה והשתא ידעינן הכל מהיקש למין ולחם עוני אפי׳ קמח דגן ושמרתם למצות תודה — ומש״ה הר״מ דסובר מ״פ של יין דבש וחלב ושמן אפי׳ עם מים לא הוי אלא נוקשה ונוקשה לאו חמץ מה״ת ומש״ה אינו יוצא בהו אפי׳ דיעבד דלאו מצה אבל שאר מ״פ עם מים דהוי חמץ גמור יוצא בדיעבד ולכתחילה לא דלכתחילה ממועט לחם עוני אפי׳ הוי מצה אבל לא לענין דיעבד: וראי׳ ברורה לזה דהא ממעטינן מלחם עוני חלוט ואפיה ג״כ ובדיעבד יצא אפי׳ אפה אפיה גם חליט יוצא בדיעבד רק שאין בקיאין מחמץ וא״כ אי נימא דכתב לחם עוני משום חשיבות לא יצא אפי׳ דיעבד ג״כ אמאי יצא בהנהו א״ו דעיקר לחם עוני שפסולה בדיעבד לא הוי אלא כל מצה עשירה שמגרע את המצה שאינה בא לכלל חמץ ולא הוי מצה דהיינו דכתיב מצות לחם עוני כ״ל שלא תהי׳ עשירה שאינה מצה — והשתא לפ״ז יפה הקשה הב״ח על הטור שכ׳ בכל מ״פ הוי מצה עשירה וקשה אי הטעם של ר״ע משום חשיבות א״כ איך כלל אותם מה סברא דכל מי פירות הוי חשובי הא ודאי יש בהן מה שאינו דכין למ״ם לענין שאין מחמיצין שאין בהן שום חשיבות וא״כ מוכ״ח אי טעמא דר״ע משום חשיבות א״כ אין לנו אלא דוקא אותן שפרט ר״ע בפירוש אלא ודאי דאין הטעם משום חשיבות דמש״ה לא נפסל בדיעבד כמו חלוט ואפיה אלא טעמו משום דלא הוי מצות כשהיא עשירה וא״כ דוקא במ״פ בלא מים מוקמינן להא דר״ע והוי כל מ״פ שווים לדידן דלא ס״ל לחלק בין מ״פ ליין כו׳ אלא כולן שווין בלא מים מותרין ובמים הוי נוקשה ואין בהן כרת אבל א״י דלאו יש בו וכן סובר הב״ח דהא דכ׳ הטור שמחמיצין ואין בהן כרת כמשמעו אבל לאו יש בהן וכן כ׳ הכוב״י מהד״ת בדעת הטור דהוי דלאו ע״ש וא״כ דוקא בלא מים אבל עם מים שפיר יוצא בהם דהא מצה היא ואסורה בע״פ ונכונים דברי הב״ח בלי פקפוק:

דין ד.

אם מותר להשהות נילושה במ״פ עם מים.

הנה רוב האחרונים פסקו מ״פ ע״מ לא הוי אלא נוקשה, וכן בנוקשה ס״ל הטור והרא״ש נוקשה דרבנן ואף שהכוב״י מסד״ת וכן כתבתי לעיל בשם הב״ח דהטור ס״ל מ״פ ע״מ רק כרת אין בו אבל לאו תורה יש בו מ״מ שמא יורה דלרוב שהם סוברים נוקשה דרבנן וכן פסקו הפוסקים רובם ואם כן לפמ״ש הטור סי׳ תמ״ב דלרבנן דר״א מותר להשהות שאינם אלא אי׳ דרבנן וא״כ היה מותר להשהות עיסה שנילושה במ״פ עם מים ואין לחוש לסה״ת דסובר דהוי ס״ג במה שכל הפוסקים חולקין, אלא דהטור הוא נגד ש״י התוס׳ ר״ש פסחים והר״ן ר״פ א״ע שכתבו דאף אי נוקשה מדרבנן אסור להשהות והביאו ראיה ממתני׳ שיאור ישרף והאוכלו פטור מה״ת לגמרי וליכא אלא אי׳ דרבנן ומ״מ קתני ישרף ומאי לא ישהה עד אחר פסח. ועיין מ״א שתי׳ קו׳ זו על הטור דמיירי ביו״ט ע״ש ומ״מ כיון שש״י הטור נגד התוס׳ והר״ן ודאי שצריכין לחוש ולהחמיר כדבריהם — אבל מצאתי לשני גדולי עולם ז״ל שכ׳ דאין ראיה מדברי התוס׳ שהם נגד הטור והמה הצל״ח והמק״ח שכ׳ דממתני׳ אין שום ראיה דהא הגמ׳ בחולין סוברת דאוכלו פטור משום דהוי ספיקא או בריה וא״כ אין ראיה משם לנוקשה דרבנן דאפשר שמותר להשהות נוקשה למאן דס״ל דרבנן אבל שם בשיאור שהוא ספק תורה או בריה והוי כמו מה״ת ומש״ה ישרף וכתבו דהא שהביאו התוס׳ משיאור היינו מברייתא דקתני שיאור ישרף והאוכלו בארבעים א״כ שיאור דר״מ לר״מ לאו ספיקא הוא אלא מלקות ומ״מ ישרף אף דליכא בל יראה לש״י ר״ת ומוכח דאף היכא דליכא בל יראה מ״מ השמיטו חכמים אבל למאן דס״ל נוקשה דרבנן אין ראיה וא״כ ל״ק מתני׳ על הטור כלל:

ובאמת כן נראה לכאו׳ דהא התוס׳ הביאו סוגי׳ דנוקשה ולא הביאו מתני׳ כלל. — אבל לענ״ד כבודם במקומו מונח אבל לא יתכן לומר כן דא״כ קשה על הר״ן ר״פ א״ע שהוא הביא בפירוש ממתני׳ דשיאור והר״ן לא מעצמו כי כן שהוא ממש לשון התוס׳ שגם הוא כי כשהביא מתני׳ כי וקרי ליה לשיאור נוקשה ונראה בעליל שמן התוס׳ הוציא הר״ן וא״כ הכי לא ידע הר״ן שהתוס׳ לא הביאו המשנה אלא הסוגי׳ והברייתא שבנוקשה א״ו סובר הר״ן דראיית התוס׳ היא מן המשנה ולא כהרבנים האחרונים ז״ל. — עוד קשה לי על האחרונים ז״ל שאם כדבריהם א״כ גם הרמב״ן והר״ן לא נחתו לעומק הדבר ונעלם מהם ח״ו סוגי׳ דחולין כשהביאו ראיה לדברי הרי״ף דפוסק דלא כמתני׳ דר״מ דנוקשה בלאו והבעל המאור חולק ופוסק בסתמא דר״מ וכי הם ז״ל דסתם מתני׳ דשיאור ישרף ואוכלו פטור היא אמת דברי סתם שם נוקשה דרבנן בהא דאמר שם במשנה וחכמים אומרים זה וזה מ״כ ואיזה שיאור פי׳ איזה שיאור שהאוכלו פטור כל שהכסיפו פניו וא״כ סתם רבי נוקשה פטור מה״ת לגמרי ולא אסור אלא מדרבנן וקשה הא לסוגי׳ דחולין שיאור ישרף דאר״י בריתא הוי אי׳ תורה או מטעם ספקא או בריי׳ וא״כ איך נימא דהא שאמרו חכמים איזהו שיאור שהאוכלו פטור הוי פטור ומותר מה״ת זהו א״א לאמרו דהא קאי חכמים על דברי ר״י והם אומרים לו לדקו דבריך שיאור ישרף והאוכלו פטור כמו שאתה אומר אבל לא בשיאור דידך אלא בשיאור שלנו א״כ בשיאור של חכמים הוי כמו בשיאור דר״י לר״י וכן הסברא לפי הסוגי׳ שבחולין דכמו שיאור דר״י הוי ספיקא או בריה כן כמו שיאור דר״מ לחכמים כדי דליכא לאו כמו הוי ספיקא או בריה דמ״מ: הא כמו דבשיאור דר״י יצא מכלל מצה ולכלל חמץ לא בא כן כמו בהכסיפו פניו לדידן שהוא השתחלה קודם שבא לקרני חגבים כמו יצא מכלל מצה ולכלל חמץ לא בא למאן דלא מרבה ליה מכל מחמצת וכן מצאתי ברא״ש יוסף על חולין שכ׳ דאף דשיאור לר״י לדידן בכרת וליכא למבעי׳ בעיית ר״ז מ״מ יש למבעי׳ בשיאור דר״מ לש״י הפוסקים דנוקשה איכה בלאו והניח שם את הר״מ בל״ע שלא הביא בעיית ר״ז. שוב מצאתי בתשו׳ ח״ס סי׳ קל״ז שהקשה להשואל שם קו׳ זו על הרמב״ן והר״ן שלמדו מסתם משנה דשיאור נוקשה דרבנן. — והח״ס ז״ל דחה קושייתו דהגמ׳ מיירי בשיאור דר״מ ע״ש דליתא לתי׳ זה כמו שהבאתי בשם הרי״: ואמנם אחר היגיעה מצאתי פתר הדברים ושלדקו דברי הראשונים ז״ל שלא שמו לב לסוגי׳ דחולין כלל ופירשו הסתם משנה נוקשה דרבנן גם התוס׳ והר״ן שהביאו משם ראיה דאפי׳ דרבנן מ״מ ישרף דברי אמת שמה ודלא כמ״ש האחרונים ז״ל — דהנה הרא״ש יוסף הקשה שם בחולין מנ״ל לר״ז לחדש לו טעם חדש במשכחינו ולומר דהוי ספיקא או בריה ולהסתפק אבעי׳ שלו דילמא טעמא דמתני׳ אליבא דר״י שהאוכלו פטור משום דחולק על ר״מ ואינו דורש כל מחמצת וא״כ פטור מה״ת לגמרי ע״ש שהניח בל״ע — ונ״ל מכח קו׳ זו דהסוגי׳ דחולין וסוגי׳ דפסחים אינם שווים בדין שיאור דר״ז שבחולין הי׳ קשה לו אתמהא זו של שיאור ישרף אם כהכרם אוכלו פטור משום דשיאור הוי נוקשה ולר״י פטור משום דלא דרש כל מחמצת א״כ תקשה קתמה אתמהא דבר״מ א״ע שהם כדי נוקשה בלאו וכאן שהם להיפוך וכמ״ש הרמב״ן והר״ן באמת. ומשני קו׳ זו מידם לו כ״ז דשיאור אינו נוקשה כלל ואינו ענין למנחה מיני מדינה שבר״מ א״ע וסובר לחלק דהנהו נקראים נוקשה משום שאינם ראוים לאכילה כלל וכמ״ש המ״א בשם הש״י והר״ן דהיינו אף שקלת ראוים הם מ״מ אינו ראוי מעיקרי וכיון דמעולם לא היו ראוי לא דמי לפת שעיפשה שצריכה לפסול מאכילת כלב אבל

הנהו

הנהו לא צריכי לשהות אלא משאילת אדם, ומש"ה אינם בכלל חמץ ואף שנתחמצו כל צרכן למתני' הם בלאו הכי עסה מחמצת ולהחולק אינו אסור אלא מדרבנן, אבל שיאור אינו כן ואין לו דמיון להנהו מיני מדינה שהרי הוא ראוי לאכול אלא שלא נחמץ כל צרכו ויצא מכלל עסה ולכלל חמץ לא בא ופליגי בשיאור ר"מ ור"י דר"מ סובר שהוא כרת ומכה אותו מכל מחמצת ור"י אינו דורש כל מחמצת ומסופק בו אם חמץ או עסה או אסור כרת, ולפ"ז מתני' דא"ע לא מתוקמא כר"מ דשיאור כלל דר"מ דמוקי כל מחמצת לשיאור אסור דחולק על הנהו שבמשנה ופוטר אותם דהאי שיאור שהוא ראוי לאכול אלא שלא נתחמץ כל צרכו משא"כ הנהו אף שנתחמצו מ"מ אינם ראוי לאכילה וסובר ר"ז דמתני' דא"ע אתי' כר"א וכדמוקי לה ר"כ דר"א דלוקה על תערובות משא"כ נוקשה בעינא ותו ל"ק סתמא דשיאור אסתמא דנוקשה כלל דאז"ל ומודה דנוקשה דמתני' שנתחמץ כל צרכו הוא בלאו כמו תערובות חמץ גמור ובשיאור פוטר משום ספקא או ברי בשיאור דר"י לר"י וכן בשיאור דר"מ לרבי דקתם כוותיה זהו הסוגי' שבחולין: אבל סוגי' דידן בפסחים דאמר ר' יהודה אמר רב מאן תנא דמתני' ר"מ שבשיאור א"כ סוברת הסוגי' כאן דשיאור ג"כ נוקשה הוי וכל הנוקשין שוים הם דהיינו שהחמץ שבתוכו הוא חמץ שפל ורע לאכילה לפי מה שפרש"י בנוקשה וכן להמ"א ואין בין הפירושים האלו כלום דלפי כולם הוי חמץ נוקשה דהיינו שהחמץ שבתוכו אין ראוי והתורה אמרה לא תאכל חמץ וי"ל החמץ שבו יהי' ראוי כשאר חמץ של לחם ואם החמץ שבו אינו ראוי אף שהעיסה עדיין ראוי היא מ"מ לא העיסה היא אסורה אלא החמץ שבה ואותו החמץ לא נתחמץ כ"כ שיהי' חמץ ראוי לאכול וא"כ סובר ר"י ע"כ שגם אותן שבמשנה ג' מיני מדינה לא משום שאינם ראוים לאכול בעצמם הם נתמעטו מכרת אלא משום שלא נתחמצו כל צרכם והחמץ שבהם אינו ראוי לאכילה ולכך השוום השיאור עמהם, והוכיח כן ר' יהודה משום שהוא סובר תערובות גמור אסור מנוקשה וא"כ מתני' אמאן תרמייה ומר"א שאומר על עירובו בלאו לא נשמע נוקשה וא"כ ע"כ הוא ר"מ וע"כ דשיאור ונוקשה דמתני' דבר אחד הוא, ונמצא לפ"ז ע"כ שתם מתני' דשיאור חולקת על סתם משנה דר"מ ואוכלו פטור משום דאינו סובר נוקשה בלאו אלא דרבנן ובקושי' הר"י בחולין ונפלה לפ"ז אבעי' של ר"ז ומש"ה לא הביאה הר"מ להלכה כלל דשתא לפי הסוגי' דפסחים ידעינן מה היא השיאור דהוי חמץ נוקשה לא ספיקא ולא ברי — וזהו שהביא הרמב"ן והר"ן ראי' דנוקשה דרבנן מסתמא זו ולא השגיחו על ר"ז שבחולין כלל גם התוס' כ"פ אור לארבעה עשר הביאו ראי' דאפי' דרבנן ישרף וכן הר"ן וזהו שהביאו מסוגי' דנוקשה לא הביאו אלא להוכות לנו דשיאור ג"כ נוקשה הוי לפי הסוגי' דפסחים וכן הר"ן כשהביא המשנה בראי' דאפי' דרבנן חייב לבער כי ג"כ וז"ל ושיאור היינו נוקשה בעינא כדאיתא בגמ' עכ"ל ומה כלה בזה מ"ל אם הוא נוקשה או לא הא מ"מ יהי' מה שיהי' הא אמר אוכלו פטור וישרף א"ו כלה בזה דלא תאמר כסוגי' דחולין דהוי ספיקא או ברי' והוי מה"ת וליכא ראיה למה שאסור מדרבנן ולכך כי' דבסוגי' דידן הא סוברת שיאור היינו נוקשה וא"כ לא ספיקא ולא ברי' ולדקו יחדיו כל דברי הפוסקים והאחרונים ז"ל לא דקו בה כל הצורך ומקום הניחו לי מן השמים:

ועתה נחזור למה שהתחלנו — הנה הטו"ז הידם לנו במהד"ק דאם מ"מ ע"מ הוי רק נוקשה אז ע"כ ל"ל נוקשה דאו' ולא נוקשה דרבנן אז ע"כ מ"מ ע"מ הוי חמץ גמור אבל לפקל בתרתי דהיינו שיהי' נוקשה דרבנן ומ"מ ע"מ רק נוקשה זהו א"א וכדאיתא מהא דמנחות דאר"ל מגבלה במים וקשה הא מ"מ א' נוקשה לאו דאו' הא לא לקי עלה במנחות וכתבו שם התוס' דשיאור דר"י לר"י אי לאו דאו' לא לקי עלה מקרא דלא תאפה חמץ, ואף דאיכא באם שיאור אלא עסה גמורה מקרא דעסה תפי' מ"מ לא לקי עלה וא"כ איך מרבה קרא מנחת נסכים ללאו וכן קשה מכל המנחות שכולן בלו שמן עם מים וא"כ ע"כ ל"ל או נוקשה דאו' או מ"מ ע"מ הוי חמץ גמור — ואין לתרץ קו' זו כשנאמר דמיירי שנתנו שמים תחילה ז"א חדא דהי' שמלום ליתן השמן תחילה ולא"ה ממה שהקשה כן הרא"ש על הרי"ף שסובר לפי דעתו מ"ם ע"מ אין מחמיצין כלל ולא תי' הרא"ש דמיירי שנתן שמים תחילה ועוד דהקושי' מכל המנחות ודאי קשה דהא כתב קרא לא תחמץ את שיריים והשיריים הא היו אחר שכבר נבללה בשמן ומים כן הניח הטו"ז — ואחריו בלו האחרונים שמק"א דחה דבריו דלפי שנתחו א"כ קשה מאוד הא הטור והרא"ש סוברים נוקשה דרבנן וסוברים ג"כ מ"פ ע"מ לא הוי אלא נוקשה וא"כ איך יפרכשו הם קו' זו מהמנחות — וכתב המק"א לדחות דברי הטו"ז דמה שהביא מתוס' בשיאור דר"י דאי דרבנן לא לקי לא אמרו כן אלא בשיאור דהוי ספיקא או ברי' אבל נוקשה אפי' הוי בפסח רק דרבנן מ"מ לקי עלה במנחות דהא יש שום ייתור שם לרבות נוקשה לשיעור כמ"ש התוס' כאן זהו תמלית דבריו — ולענ"ד הם דברים תמוהים דבלאו ראיה שהביא הטו"ז מהתוס' יש ראיה גמורה מגמ' עצמה דאמר הם אי דר"מ לר"מ מדלקי עלה חמץ הוא וקשה ל"ל למימר מדלקי עלה הא אפי' לא לקי עלה בפסח מ"מ לוקין עליו במנחות דיש ייתורא לרבות, ובלא"ה דברי התוס' דיש שום ייתור לריבוי ביאור וכמו שהקשה בזה הפ"י ע"ש וע"כ אנו צריכים לבאר דבריהם ולומר דאף דיש ייתור מ"מ דוקא לר"מ דסבר לוקין בפסח על נוקשה וא"כ הזינן לענין פסח הוי כרת חמץ קלא ומש"ה מוקמינן הך ייתורא למנחות ג"כ לנוקשה אבל לר"י ולמאן דלא לקי בפסח א"כ כיון דבפסח הוי עסה מעליא תו לא מוקמינן הייתור לנוקשה דאין זו סברא שיהי' בפסח עסה ובמנחות חמץ גמור ולכך אמר דוקא מדלקי עלה לר"מ לקי נמי במנחות מהך ייתור וזה ברור ול"ק מה שהקשה הפ"י ע"ש:

ומעתה השאר קו' הטו"ז להטור והרא"ש דנוקשה דרבנן ומ"פ ע"מ נוקשה א"כ איך לוקין על כל המנחות, עוד הידשו המק"א והשער המלך סברא לחלק בין אם הי' רוב מים עם מי פירות דאז הוי חמץ גמור והטור והרא"ש אמרו רק במ"פ עם מים וכ"ל שהיו המים מועטים ובזה לא הוי רק נוקשה, ולפי דבריהם אם נילוש במי פירות ומים מרובים הוי חמץ גמור מה"ת ואסור להשהותם לכל הדיעות. — אבל לענ"ד גם סברא זו אינה ברורה לחלק וראי' מתמוה שהקשו וכתבו תוך העיסה דמשמע שהי' התמוה מיעוט ומ"מ קרי לי' נוקשה לרבנן ולפי' התוס' שם ודו"ק:

עוד הידשו האחרו' הנ"ל לחלק בין שאר נוקשה לנוקשה דמ"מ ע"מ דדוקא בנוקשה שאינו ראוי לאכילה סוברים הטור והרא"ש דהוי דרבנן אבל בעיסה של מ"פ ע"מ דראוי לאכילה מודה הטור דהוי דאו' ע"ש. ולפי זה אסור להשהותה ואפי' אם השהה בדיעבד אסורה אחר פסח — אבל לענ"ד גם סברא זו ליתא שאם נחלק בזה א"כ איך מייתי הגמ' משיאור דר"מ להנהו שבמשנה הא שיאור דר"מ ראוי הוא לאכילה כידוע והני דמתני' הא אינם ראוים לאכילה, אלא ודאי שאין לחלק כלל בין נוקשה לנוקשה ובאשר כתבנו לעיל דכל חמץ נוקשה הוא מותר מה"ת למאן דלא דרש כל מחמצת משום דאף שהעיסה עדיין ראוי היא לאכילה מ"מ החמץ שבו אינו ראוי והתורה אמרה אכילה לגבי חמץ והיינו שיהיה חמץ ראוי לאכול והאי חמץ נוקשה אף שלא הפסיד את העיסה לגמרי שלא תהא העיסה ראוי מ"מ החמץ שבו אינו ראוי ויותר הי' ראוי אם לא הי' חמץ כלל וסברא זו דומה למ"ש הר"ן בכ"ע לענין שנקדירה ע"ש ובזה כל הנוקשות שוים הם וזהו ברור. — והנלענ"ד לתרץ קו' הטו"ז ממנחות הוא כמ"ש המק"א אך לא מטעמים לגמרי אבל אני אומר דודאי לפי הסוגי' דחולין ומנחות שסוברת שיאור הוי או ספיקא או ברי' לר"י ולר"מ דלקי נמי לאו נוקשה הוא אלא ברי' שיאור מכלל עסה ולכלל חמץ לא בא וא"כ ודאי שאם אינו לקי עלה בפסח גם במנחות לא אתרבאי מהשום ייתור שיש שם וכמ"ש לעיל דהא למאן דלא לקי בפסח ע"כ לאו חמץ הוא כלל דאי הוי חמץ א"כ אמאי מותר בפסח דאין לומר משום שאינו ראוי לאכילה הא ראוי הוי דכל שיאור ראוי לאכילה ה"ו דלאו חמץ הוי ולכך אמר מדלקי עלה לר"מ וחזי' דהוי חמץ לפסח גם למנחות מוקמינן יתירא לשיאור זה אבל לר"י אי דרבנן ודאי דלא מוקמינן עליו הייתור — והיינו לפי הסוגי' דהם דשיאור אינו נוקשה אבל לפי סוגי' דידן דשיאור הוי נוקשה וכל הנוקשות שוים וכל הטעם שיאור וכל הנוקשות הוי משום דהחמץ אינו ראוי לאכילה אבל חמץ הוי אלא דבפסח דכתיב אכילה בעינן דוקא שיהי' חמץ ראוי לאכול אבל במנחות שפיר מוקמינן הייתור ללקות על לא תאפה אפי' על נוקשה דהא חמץ הוי ואף שאינו ראוי לאכילה מ"מ חמץ הוא ואף דלאו חמץ גמור מ"מ מייתורא מרבינן ליה שפיר ותו לק"מ קו' הטו"ז ועל הטור והרא"ש נמי לק"מ דנוקשה בפסח דרבנן משום שאין זה חמץ שיהיה הימולו ראוי לאכול אבל לענין מנחות מרבינן ליה מייתורא כן כנלענ"ד:

ולפ"ז כ"ל לדינא לפי רוב הפוסקים דמ"פ ע"מ חמץ נוקשה ואכן קיי"ל נוקשה דרבנן אלא דמ"מ לדעת התוס' והר"ן אסור להשהות לכתחילה אפי' דרבנן וראוי לחוש לדבריהם אבל אם עבר והשה מותר בדיעבד אחר פסח ככל דרבנן כן נראה לדינא ברור:

דין ד.

שלא כדרך הנאתן.

הקשו האחרו' בשעה"מ ופ"י על מה שנראה מתוס' קדושין דשלכ"ה מותר לגמרי דאפי' אי' דרבנן ליכא וקשה הא מתני' קתני לא יסיק בו תנור וכריים ואין לך שלכ"ה יותר מזה שמסיק בפת. ונלענ"ד דאדרבה משם ראיה לשיטת התוס', דהנה הקשה בשעה"מ על הא דפריך שם בגמ' פשיטא דלא יסיק וקשה מה פריך פשיטא הא ודאי צריך להשמיענו דשלכ"ה יש בו אי' דרבנן עכ"פ דהה"א שמותר לגמרי וע"ש. — ונראה לי דהנה השתי' דבר והיא דהא דאמרינן שלא כדה"נ אין לוקין ומותר מה"ת לא אמרי' כן אלא על הנאה שיש לו מגוף הדבר כגון שאם הניח חלב שור הנסקל ע"ג מכתו ונרפא אזי אותה ההנאה של הרפואה היא הנאה גרוע והוי שלכ"ה אבל אם הוא מכוין ממון כגון שהוא צריך להסיק תנורו בעצים כדי לאפות או להחם והוא

מסיקו בא"ה ואם לא יסיק תנורו בחמץ זה ע"כ יסיק בעצי היתר וא"כ הא משתרשי ליה ממון וזהו הנאה של ממון הוי הנאה טובה כמכירה והוי כדרך הנאה כמו המכירה דמה לי אם מכר חמצו והלוקח יסיק בו מ"מ הלא הוא מכר חמצו בממון וא"כ כן כמי אם מכר לעצמו שלא הסיק תנורו בעצי היתר וכמש"כ כ"ל דהוי הנאה גמורה ואסורה מה"ת כמכירה דדרך של הרווחת ממון הוי בכל אופן דרך הנאה והוי הנאה מעולה. (ואף דכוונת מהרש"ל דלאו משום הנאה גרוע מותר שלכ"ה אלא משום שאינו עומד לכך וכדס' גבי הניח חלב שור הנסקל משום שאינו עומד לרפואה מ"מ אסבר דהתוס' לא ס"ל הכי דהרי גם הר"מ לפמ"ש המל"מ לא סובר כן וע"ש) — ולפ"ז מיושב קו' האחרו' על התוספות דהא דהתירו הם שלכ"ה לגמרי הייכו היכא דלא משתרשי ליה וכגון שאם לא היה הא"ה לא היה נוטל של היתר וכמ"ש התוס' בחולין דף קל"א ד"ה שאני שהיה מתענה וע"ש אבל אם הוא באופן דמשתרשי ליה אסיר ואפי' מה"ת ולפ"ז אדרבה ראייה משם דהא קשה מאי פריך פשיטא הא קמ"ל דאסור בהסקה שלכ"ה מדרבנן וקו' הטעס"מ. אלא דהכי פריך הא ע"כ מתני' דולא יסיק מיירי באופן דהא משתרשו ליה דאל"ה הא שלכ"ה מותר לגמרי אפי' מדרבנן א"ו דמיירי באופן דקא מרווח ליה עצים וממון גמור וא"ה מש"ה פריך פשיטא דאסור מה"ת בכה"ג ודו"ק:

שוב מצאתי כדמות סברא זו בשו"ת שב יעקב סי' כ' שהקשה הם השואל על הא שהתיר בשער אפרים בחמאה שנתבשלה בכלי בשר לגר הנוכרי משום שמלות לאו להנות נתנו והקשו הם הא כל עני שבישראל מחויב למכור כסותו ולקנות נר חנוכה וא"כ הרווית פרוטה והשב יעקב השיב לו דלא הוי הנאה פרוטה זו אלא גרמא והוי כפורע חובו דלא הוי אלא מבריח ארי ומותר ע"ש:

והנה על התי' של המשיב ז"ל תמיה לי דלא אליכו אלא פורע חובו שלא מדעתו דהייכו אם אחר פורע חובו אבל אם הוא עצמו המודר פורע חובו בא"ה ודאי אסור וכן מבואר בתוס' שם בסוגיי' וכבר תמהתי כן על הרי"ט אלגאזי בכורות דף ע"ב שהבי' כן בדברי הר"ן נדרים מ"ז דמותר לפרוע חובו בא"ה רק בנדרים אסור משום דמועיל בהוצאה מרשות לרשות ותמהתי עליו ממשנה שקלים הנותן שקלו בשקל הקדש מעל ופי' הירושלמי וכן הר"מ הטעם משום שממשכנין על השקלים וקשה הא הם ליכא רק פריעת חוב דמשום מלוה ליכא ומשום הנוי לפות ג"כ ליכא וכמ"ש הר"מ שם ומ"מ מעל א"ו דמדעתו אסור, ולענין קו' השואל ג"כ כלענ"ד דלק"מ דכל הא דמחויב לקנות נר חנוכה הוי משום מלוה וכל מלות לאו להנות נתנו ובשקלים הם שאני דאי לא יביא שקלו ממשכנין אותו ויש לו ריוח אבל בנר חנוכה הא אין ממשכנין אלא משום מחויב להוציא ממון ולקיים המלוה ואם כן אין זו הנאה מה שמרויח לקיים המלוה כי מי יעשה לו אם לא יוציא ממונו ולא יקיים המלוה וכל המלות ל"ל ניתנה וזה ברור — וכבר ישבתי בסברא זו קו' הט"ז סי' רכ"א ס"ק מ"ב ע"ש דלק"מ דכל הא שאין לו בשר היא משום ציווי הבורא ית' וא"כ גם זה בכלל מלות לאו להנות נתנו. ועכ"פ מצאתי סברא זו דכל היכא דמשתרשי הוה הנאה גמורה — שוב יגעתי ומצאתי לי ראיה ברורה לסברתי, והיא בגיטין דף ל"ח באשה שאמרה יהנה קס שמים באחד מבניו אם נהנתי מדירך וקאמר שם מ"מ איענשה דאשתרשי לה מקום דירה — והנה בנדרים ושבועות מותר שלכ"ה כבכל איסור וכן מבואר במל"מ פ"ה משבועות וקשה הא הנאה זו הוי שלא כדרך הנאה שהניח דירה בככר וע"י זה הרווים וא"כ לא הוי זו הנאה ומי שנשבע שלא יהנה מדירה ה"ז מותר מה"ת להכניסו בככר וא"כ אמאי איענשה הא לא עברה זו על שבועתה שנשבעה שלא נהניתה ובאמת לא נהניתה דכל שלכ"ה לאו הנאה היא א"ו משום דמשתרשי לה ולא אמרי' שלכ"ה לענין הרווחת ממון דכל הרווחת ממון הוי כדרך ומוכח כמ"ש:

ומזה נראה ראיה לשי' הר"מ ולפ"מ שפי' הה"מ בשמו דהא דאר"י אין לוקין על שלכ"ה הייכו שאין לוקין על שום הנאה ואפי' על מכירה כמי לא דאל"ה קשה הא דאמר כל אי' שבתורה אין לוקין שלכ"ה והא משכחת דלוקין וכגון היכא דמשתרשי ליה ושלא היה אפשר לו שאם היה לו זה החלב של א"ה היה מניח של היתר והוי כמכירה א"ו דאף על המכירה אין לוקין וה"ט דהר"מ איכו סובר דמש"ה אין לוקין על שלכ"ה משום דהוי הנאה גרוע אלא דמשום דכל דאיכא הנאה חשובה יותר דהייכו אכילה אין לוקין על כל שאר הנאות הפחותים שאין לך דרך הנאה אלא אכילה:

והנה הקשו על פי' הה"מ ולענ"ד זהו הפי' הנכון מאוד בדעת הר"מ ויש לו ראי' גדולה משה דלהר"מ אין לוקין על הנאה אף בכלאי כרם וזהו קשה מאוד לשאר הפירושים דהא הנאה כ"כ בפירוש כתיבה פן תוקד אם וא"כ אמאי אין לוקין ובכלא"ה ק"ל בשמת דלוקין בכ"כ על הנאה אבל לא נראה כן דהר"מ כ' בפי' האוכל כ"כ אבל על הנאה אין לוקין ועכ"פ ה"ט משום דאפי' כתיבה הנאה בפי' מ"מ אותה הנאה אכילה היא וכל שאר הנאות שנתרבו מאכילה הוי שלכ"ה:

ועתה נבוא לבאר כל דברי הה"מ. והנה הר"מ כ' בפ"ה מיסודי"ה אבל שלכ"ה כגון שעושין רטי' או מלוגמא מחמץ או מערלה או שמספקין אותו לדברים שיש בו מר כרי חוץ מצבים או כ"כ אפי' שלכ"ה אין מתרפאין מהן עכ"ל. וזהו שלשון קשה מאד דהא משמע דבכ"כ אפי' רפיה אסורה וקשה להה"מ הא על ההנאה אין לוקין בכ"כ כמו בשאר אי' וכמ"ש לעיל וא"כ אין בהנאה שום חילוק בין כ"כ לשאר א"ה ואמאי אסורה הרפיה וכן הקשה המל"מ וכ' שם דזהו דוחק דלא קאי אלא על האוכל והמשקה של א"ה דסמיך ליה דמשמע ודאי דקאי על כל מה שהתיר לעיל בשאר א"ה. — ולענ"ד לק"מ דהנה מה שהניח ג"כ המל"מ כמשמע בקו' על הה"מ דאי שלכ"ה הוי כמו ה"ש ואסור מה"ת א"כ איך התירו בחולה שאין בו סכנה ולפי דעתי אין זו קו' דכן כי הר"ן גבי הכי עינויים דיוה"כ לגבי אכילה דסובר הר"מ דהוי ג"כ מה"ת ול"ק מה שהקשו דא"כ למה התירו לסוך בזמן שיש לו חטטין וכה"ג ברחילה ותי' הר"ן דהתורה מסרה לחכמים שיש כח בידם להתיר באופן שיראו הם להתיר וכן מליכו במלאכת חוה"מ לאמן דסובר דהוי דאו' ומ"מ התירו בדבר האבוד ומה"ט דהכתוב מסרו לחכמים ועיין בפר"ח שהסביר כן דכיון שלא פי' הכתוב אלא ע"י שחזר וריבה מש"ה לא פי' כדי שימסור הדבר לחכמים וכן כאן כיון דבקרא לא כתיב בפי' אלא אכילה דאף דכתיב הנאה וכמו בכ"כ מ"מ האי הנאה אכילה הוי ואח"כ נתרבו כל שאר הנאות מאכילה והכתוב מסרה לחכמים שיתירו במקום שהם רואין להתיר ומש"ה התירו כל שלכ"ה לחולה שאב"ס ולא חשו לשאם כתיב להם שלכ"ה יתירו להם גם דרך הנאה דלא גזרו שלכ"ה אטו כדרך הנאה שאינם שווים אבל זהו דוקא בשאר אי' שבתורה שיש כח לחז"ל להתיר הרבים וגם המאכיל או המשקה מר דהכל בין האכילה בין ההנאה אין לוקין אלא כדרך אכילה וכדרך הנאה משא"כ בכ"כ ובב"ח דלא מסרה התורה לחכמים אלא ההנאה דהייכו הרבים אבל האכילה והשתיה דכתיבה בפירוש ולוקה עלה אין כח בידם להתירה לחולה שאין בו סכנה וא"כ ודאי שאם יתירו הרבים יתירו גם המשקה שיטעו לומר דכל שלא כדרך מותר כללא דמילתא כל היכא שיכולין להתיר לחולה בין האכילה ובין ההנאה התירו הכל אבל בכ"כ שלא היו יכולין להתיר אלא ההנאה גם אותה לא התירו משום גזירה ובזה מיושב מה דלא התירו אפי' שיעור לחולה דכלאה דע"ז סמך המל"מ בקושייתו דהם לא היו מתירין משום גזירה שאם יתירו ח"ש לא יבחינו לחלק ויתירו גם שיעור שלם:

ועוד הקשה המל"מ לפי' הה"מ קשה למה נקיט ר"ש למעוטי שאם הניח חלב שור הנסקל ולמה לא נקיט שאם סך בשמן של ערלה והנה זו ל"ק כ"כ דהא נקיט ונקיט הכי משום היפא שאם אכל. — אבל קשה מה שהקשה האו"ח למה לא נקיט למעוטי שאם מכר או נתן וכן כל הנאות. — וכ"ל דלק"מ דהנה הראב"ד כ' דפטור שאמר כאן פטור ומותר לאכול שרץ חי אפי' לבריא וכן הביאו הש"ך סי' קנ"א ובשג"א תמה על הש"ך למה הביא דברי הראב"ד להלכה כיון דשאר פוסקים סוברים דשלכ"ה יש בו אי' דרבנן וא"כ לא פטור ומותר. ולענ"ד לדקו דברי הש"ך והיא דהראב"ד במה שכ' דפטור ומותר באוכל חלב חי בזה כ"ע מודי ליה דהא ע"כ הא דאמר שאם הניח חלב שור הנסקל ע"ג מכתו פטור ע"כ פטור ומותר קאמר דהא באמת מותר לכתחלה דע"ג מכתו הא הוא חולה שאין בו סכנה וא"כ אף דהר"ן והריטב"א סוברים דכל שלכ"ה אסור מדר' מ"מ מודי הכא דפטור ומותר קאמר וממילא דכן כמי מה שאמר אח"כ וכש"כ באוכל חלב דפטור ומותר קאמר דאין לחלק וממילא הש"ך שהביא הא דהראב"ד באוכל חלב חי לדיכא דמותר שפיר הביאו וחילוק גדול יש דבשלמא שלכ"ה דהוי עכ"פ הנאה נו אלא דהוי שלא כדרך ולעולמא לא הוי הנאה אבל הוא נהנה ומש"ה אסרוה אבל באוכל חלב חי שלא נהנה כלום ואדרבה מזיקו וא"כ למה יאסרו אטו אוכל כדרך ככ"ל. — ומש"ה כ"ל דהר"מ סובר ג"כ פטור ומותר כהראב"ד וא"כ הא אין בין לשון ראשון לשני אלא דלשון ראשון מיירי מאיסורי אכילה ולשון שני מיירי מאי' הנאה אבל כמו דבלשון ראשון אמר כ"מ היכא דפטור ומותר ה"נ ללשון שני כלם לאשמועי' כ"מ בדבר דפטור ומותר. והנה לפי' הה"מ הא כן אר"י כל א"ה שבתורה אין לוקין כלל על שום הנאה אלא על הנאת אכילה וא"כ לק"מ קו' האו"ח דמה ימעט ר"ש על ר"י שיאמר למעוטי כל הנאות מכירה או שאר הנאה שאין לוקין הא כ"ז כבר אר"י שאין לוקין ופטור ממלקות וע"ז בא ר"ש ואמר למעוטי שאם הניח חלב שור כו' פטור ומותר והייכו שאשמועי' דבר חידוש גדול דלפי מה שאמר ר"י דאין לוקין א"כ ע"ג מכתו פטור ואסור לגמרי כמבואר לעיל וכש"כ אוכל חלב חי דמותר ודו"ק.

עוד הקשה המל"מ על הר"מ דאין לוקין על הנאה והקשה לפ"ז קו' התוס' אמאי לי"ל אביי הכל מודים כמי בב"ח דכיון דע"כ הא דאמר אביי הכל מודים בכ"כ על האוכל כ"כ שלכ"ה אמר דעל ההנאה הא אין לוקין אפי' כדרך הנאה וכיון שכן דעל אכילה קאמר א"כ ליכא לתרץ כמו תי' התוס' דמשום דאין מזהירין מה"ד דהא על אכילה בב"ח לוקין והכימו בל"ע. — ולענ"ד נראה דמכח קו' זו ראיה גדולה לפי' הה"מ דלשאר הפי' בר"מ ודאי קשה אבל להה"מ לק"מ. — דהנה סברת הה"מ הוי דכל הנאה הוי שלכ"ה מלבד שהנאת אכילה וה"ט משום שהוא סובר דכל שיש הנאה יותר חשובה אזי שהנאה שגרוע ממנה אף דהוי הנאה

טובה

טובה ומעולם מ"מ הוי שלכ"ה משום שהדבר עומד להנאה החשובה והיא האכילה וזו היא סברת ר' זירא ומש"ה אמר ר' זירא דתנינא במתני' מדקתני אין לוקין על המשקין היוצא מערלה זולת בזתים וענבים והי"ע דאף דודאי אין לשכרים דמן המשקין; ג"כ הוא כשהם הנאה טובה ובאמת כי כן הקשו התוס' שם בחולין הא הנאה ע"ש. אלא דר"ז סובר בדעת ר"י דכל שעומד לאכילה והיא הנאה היותר מעולה אזי אין משקה זו הנאה לגבי אכילה אבל אביי דמדחה להא דר"ז הוא סובר דהא דאר"י אין לוקין על שלכ"ה היינו בהנאה גרוע אבל על כל שאר הנאות לוקין ומש"ה אמר דאין הטעם של המשקה משום שלכ"א אלא משום דזיעה בעלמא היא וא"כ הא ודאי דאביי וכן סוגי' דהעור והרוטב אינם סוברים כר"מ ולדידהו לוקין על ההנאה ומש"ה כשאמר אביי הכל מודים בכ"כ על הנאה אמר כפשיטות הגמ' דל"א לפרש באופן אחר לפי השי"ת דהא קאי על הא דאר"י שאין לוקין על הנאה ועי"ז אמר אביי דהוא מודה על הנאה כ"כ שלוקה וא"כ א"ש דל"א הכל מודים בבב"ח דהא לאיסי בן יהודה דאתי מק"ו ואין מזהירין מה"ד. — אבל הר"מ הוא הא פסיק כר"ז וכסוגי' דפסחים וכמ"ש הלח"מ בהא דפסק הר"מ דהמשקין היוצא מהן אסורין ואין לוקין וה"ט דהוי שלכד"ה וכר"ז וא"כ הוא סובר הכל מודים בין בכ"כ בין בבב"ח ועל האכילה שלכ"ה אבל לא על הנאה וכ"ז ברור ונכון מאד בס"ד:

כלל כ.

זה וזה גורם.

דין א.

גורם אחד אי הוי דאורייתא או דרבנן וכן שבח עצים.

הנה לכאורה נראה מפרש"י בסוגי' אלו דלרבי דיש שבח עצים הוי מה"ת דכן פרש"י דהא דפריך הגמ' עצים דאיסור לרבנן היכא משכחת לה היכי משכחת לה דאיסורי דאורייתא וא"כ משמע דלרבי הוי שבח עצים מה"ת וכן משמע מתוס' לקמן דף כ"ו, אבל הר"י פי' שם דאבוקה כנגדו לרבי לא הוי אלא מדרבנן, וכן איתא בר"ש פ"ק בחולין גבי סכין של ע"ז כי שם בפירוש דרק חכמים אסרו שבח עצים וכרכור בפת או בבגד וכן כתב הר"ן בע"ז, ובשער המלך הקשה על הר"י שכתב' דלרבי לא הוי אלא מדרבנן דא"כ מאי פריך דוקא לרבנן הא לרבי נמי לא משכחת מה"ת ע"ש, ואני תמה על הרב בעל שעה"מ למה לא הביא הראשונים הנ"ל שגם הם סוברים דכל גורם אינו אסור מה"ת אפי' בע"ז, וסברתם נראה דכל איסור שבלה ונאבד ולא נשאר כאן רק גורם ממנו אין כאן איסור תורה כלל ומש"ה אף דחלופי ע"ז אסורים מה"ת ה"ט משום שהע"ז בעינה נתחלפה ונתפס אי' שלה על החלופין אבל מה שנגמר ונגרם ממנה בעת שהיא נשרפת או כלה לא נאסר כלל מה"ת — ובעיקר קושי' השעה"מ נ"ל דלק"מ דהא ודאי אף שהפת הנאפה בעצי ע"ז מותר מ"מ שפיר משכחת עצים דאסורי מה"ת ואפי' בעצי ערלה או שאר א"ה דהיינו שאסור להסיק בו תנור כדי לחמם אלא האבוקה וזהו ודאי שאסור מה"ת לרבי לעשות אש מעצי א"ה לחמם אצלם בזמן הקור אלא אפי' לאפות בהם אסור מה"ת להסיק לכתחילה דהא הוא הנאה לכתחילה מן עצים בעין אלא שאם אפה את הפת אזי אין הפת אסור ואין זה מן התימא שהרי במכירה הדין כן שכל א"ה אסור למכרו מה"ת ואם מכרו מותרין הדמים, וא"כ גם כאן לכתחילה אסור מה"ת ליקח עצים כדי להסיק בהן ובדיעבד מותר, ולחמם אצלם ודאי דאסור מה"ת — ולהכי זהו דוקא לרבי שכל אבוקה באה מן העצים אבל לרבנן דכל אבוקה וחום לא באה אלא מן השרף א"כ ודאי מותר לכתחילה לעשות אש כדי לחמם אצלם דהא אינו מחמם אלא אחר שנשרף וכלה וא"כ מש"ה לרבי לא קשה היכי משכחת רק לרבנן ולא משכחת אלא בשריפה וזה נכון ואמת — ולפ"ז נראה דאין שום ראי' מרש"י דסובר דהוי דאו' גורם אחד דהנה הפ"י הקשה על קו' הגמ' דפריך עצים דאי' היכי משכחת דמאי פריך דילמא אה"נ דלא משכחת לה בעצי ערלה מה"ת וכתב דקו' הגמ' קאי על ע"ז דאיתא במתני' ע"ש שדחה מכח קו' זו סברת מהרש"ל ומהרש"א דהיכא דאפשר אסור לא פליגי רבנן ואזלי ומודו לרבי וכ' הפ"י דמדקשה כן לרבנן על עצי ע"ז מוכח דלא כדבריהם דהא בע"ז אפשר אסור ע"ש, ולענ"ד דבריו ז"ל תמוהים דאיך יפריך הגמ' על עצי ע"ז היכי משכחת לה מה"ת הא ודאי משכחת דהא אפי' גחלתה אסורה מה"ת לכתחילה לחמם בה כדאיתא בגמ' וא"כ לא צריך לשריפה ומי יחלוק ע"ז ואפי' אי יהיבנא לסברתו דלרבנן הפת מותר אפי' בעצי ע"ז מ"מ היינו הפת שכבר נאפה אבל ודאי שאסורין העצים והגחלת של ע"ז מה"ת לחמם אצלם כמו דמועלין בגחלת של הקדש וזה לע"ג על הפ"י. וע"כ נ"ל דקושי' הגמ' היתה כפשיטות הסוגי' על עצי ערלה וכ"כ ואי קשי' דילמא אה"נ דלא משכחת וכקו' הפ"י נ"ל ליישב דהנה רש"י ז"ל פי' דהברייתא דחדש יוצן אתי כרבנן דרבי דאין שבח עצים כלל ואפי' התנור עצמו מותר ודקדק מהרש"א דהמ"ל כרבנן דשאור דזו"ג מותר ובאמת כי כן כתב הרי"ף והר"ן דהך ברייתא כמ"ד זו"ג מותר לכך נראה דעמקו דברי רש"י ז"ל דהנה הא ודאי דיותר מיושב הברייתא לרבנן דרבי מלרבנן דשאור דהא קתני תנור חדש וישן יוצן ומדערבינהו בהדדי ע"כ דחד דין יש להם וכמו ששוים לענין לכתחלה דצריכין להיצן ואסור לאפות בהן בהסיק זה כן צריכין להיות שוים לענין דיעבד אם אפה בהן ולא הוצן את התנור ולרבנן דשאור אינם שוין דבחדש אם לא הוצן ואפה בו בהיסק זה אסור הפת אפי' בדיעבד דהא ליכא אלא גורם של איסור משא"כ בישן אפי' אם לא הוצן ואפה בו בדיעבד מותר הפת דהא הוי זו"ג תנור דהתירא ועצים דאיסור לשיטתו של המהרש"א וכן נראה מרש"י בע"ז וא"כ למה נקיט להו התנא ברא בהדדי הא אינם שוים לענין דיעבד אבל לרבנן דרבי שוים הם דבין חדש בין ישן לכתחלה יוצן ובדיעבד מותר הפת אפי' בהיסק זה דהא אין שבח עצים כלל ומש"ה פירש"י כן וממילא דהוכרח א"כ רש"י ז"ל לפרש ולומר דאפי' לרבנן דרבי דאין שבח עצים כלל וכן דהוי כמו זו"ג בישן מ"מ אסור לכתחלה. — אלא דמ"מ לא הוי פרש"י כן אם לא שהוכיח פירושו מכח קו' הפ"י שהקשה על קו' הגמ' דפריך היכי משכחת לה וקשה דילמא אה"נ דליכא עצי ערלה דאסורי מה"ת אפי' בהנאה דהא דאמר קרא את לרבות הקליפה היינו באכילה דקליפה ערלה ראוי לאכול כדאיתא ברכות דף ל"ו ע"ש ובכ"כ לא נאמר שום קרא והא מותרים הקשין בהנאה. — ולפי פרש"י לק"מ דקו' שמקשה היתה דאי לא משכחת עצים דאסורי מה"ת בשום אופן א"כ למה יאסור לכתחלה בגוונא דרבנן בישן דאיכא תרתי לטיבותא דאין שבח עצים כלל וגם איכא זו"ג בעלמא אי הוי רק רבנן דשאור דלא הותר אלא משום זו"ג א"ש דלכתחלה אסור אף דליכא לבוא לידי איסור של תורה כלל מ"מ כל זו"ג אסור לכתחלה דהוי כמבטל אי' לכתחלה ולא מטעם גזירה אטו דאו' אבל כאן לרבנן דרבי אי לא הוי משכחת עצים דאסורי מה"ת בשום אופן וא"כ ליכא שום גזירה אטו דאו' שלא יוכל לבוא לידי אי' תורה כלל אפי' אם יקח לכתחילה עצים כדי לחמם או לאפות מ"מ ליכא אי' תורה וא"כ למה יאסרו לכתחלה אלא ודאי דמשכחת להו דאסורי מה"ת ושפיר גזרו וא"כ היכי משכחת ומשני דמשכחת בשריפה ומשום הכי גזרו לכתחלה אפי' בישן שלא יאמרו דמותרין בשריפה וא"כ שפיר פרש"י דע"כ הסוגי' סוברת דברייתא כרבנן דרבי ומש"ה שפיר פריך דאי כרבנן דשאור א"כ מאי פריך דילמא אה"נ דלא משכחת וקו' הפ"י ודו"ק כי זה נכון מאד:

והנה לכאו' יש להביא ראי' דגורם אחד הוי דאו' משיט' הרי"ף והר"מ דלא מהני הולכת הנאה לים"מ אלא בפת שנתערבה ונראה בטעמם משום דאחר שנתערבה בטילה מה"ת ורק מדרבנן אסורה ולכן מהני הולכה אבל הפת בפני עצמה וכן התנור אסור מה"ת ולכן לא מהני הולכה. — אבל אחר העיון אין זו ראי' דהא דמחלקי ה"ט משום דכל שיש כאן ודאי איסור בו לא מהני הולכה ומש"ה לא מהני לדעתם ז"ל הולכה בפת עצמה משום שיש בה אי' ודאי משא"כ אחר שנתערבה כל אחת אפשר דמותרת לגמרי. וכל הולכת הנאה לים"מ הוי עיקר התקנה כדי למכרה כל אחת לבדה דאי למכור הכל ביחד הא איכא תקנה כשב"ג א"ו למכור חדא חדא וכן פרש"י וא"כ בשנתערבי ליכא ודאי איסורא. אבל מ"מ י"ל דגם הם סוברים דליכא אי' דאו' בגורם אחד וכן כ' הר"ן דה"ט לחלק בין נתערבה ללא נתערבה. — ועי' בכ"מ גבי ביצה ע"ג גחלים שהוכיח לשיטתם דלא הוי אלא מדרבנן:

דין ב.

זה וזה גורם בשאר אי' ובע"ז וחמץ.

הנה זו"ג קיי"ל דמותר רק הטור כ' בשם הרמ"ה דאפי' למ"ד זו"ג מותר הכא בפת שנאפה בעצי אליל ובבגד שנארג בכרכר של ע"ז אסורים' ותמה הב"י הא בשדה שנזדבלה בזבל ע"ז פסק שמותר וכן קיי"ל דמותר — והאחרונים נחלקו בפי' של הרמ"ה הט"ז כ' לחלק דאפי' בע"ז שאוסר הרמ"ה זו"ג מ"מ היינו היכי דא"א בלא"ה כגון הא שאפה בעצי ע"ז או אפי' בתנור חדש בהיסק שני דעכ"פ אי אפשר לפת לאפות בלא עצים או תנור ומש"ה אסור בע"ז אבל זבל של ע"ז לא הוי רק מסייע ואין בו ממש ע"ש ועי"ז הקשה בנקה"כ מסוגי' דע"ז דאמר הרגיש גם הט"ז דא"כ איך מייתי מר"א דעצים על הך ברייתא שדה שנזדבלה כיון שהמפסק רב ביניהם לפי חילוק הט"ז ואמנם מה שהקשה עוד בנקה"כ דאיך ס"ד שיפסוק הרמ"ה כהמקשן לחלק בין ע"ז לשאר איסורין ולא כמסקנא שבכל הסוגי' מזה לענ"ד לק"מ דלא כולה הסוגי' אלא לר"א דכן קתני בברייתא וכן היא ר"א אוסר בכל אי' שבתורה אבל לת"ק כשאר החילוק דהת"ק אינו אוסר זו"ג אלא בע"ז אבל בשאר אי' אפשר דמודה דמותר ואדרבה ניחא לפ"ז הא דאמר ר"א הוא ולא אמר ת"ק הוא דאסר בפי', וכן הקשה רש"י ותי' דלא ידענו מאי ת"ק והוא דוחק, ועוד דיותר הל"ל ת"ק הוא דר"א לא מוכח דילמא הא

דאוסר ר"א כשלא הוליך הנאה ליה"מ הייני משום דלדידיה כיון דמהני הולכה ואפי' בלא נתערב לדעת רש"י וכן א"כ בתנור חדש נמי וא"כ הוי כלכתחילה דהא אינו מפסיד אלא דמי עצי איסור שהוליכה ליה"מ ומש"ה אוסר ר"א משא"כ בשאר אי' דלא מהני הולכה לכמה שיטות אפשר דמתיר ר"א בתנור דהוי כדיעבד כיון דצריך נתיצה, אבל מת"ק הי' מוכח בפירוש, אלא ודאי מדאמר ר"א הוא ולא ת"ק מוכח דאמסקנא סמוך דידע הברייתא דוכן הי' ר"א אוסר דכל אי' וא"ש דע"כ ר"א אפי' בדיעבד אוסר כן זוז"ג דאי רק אלכתחילה א"כ מאי אשמועינן ברייתא דוכן הי' אוסר הא לכתחילה מי פליג ומי מתיר זוז"ג הא אפי' מאן דמתיר לא מתיר אלא דיעבד כדמוכח בע"ז בהא דר"י אלא ע"כ הך תנא דאמר וכן הי' ר"א אוסר בכל אי' אתי לאשמועינן דר"א אוסר זוז"ג בכל אי' שבתורה ואפי' בדיעבד ולכן אמר ר"א הוא וסמך ע"ז אלא שהש"ס לא מסיק אדעתי' עד דשקיל וטרי' ומשום הכי לא"ה ת"ק הוא משום דלת"ק אפשר לחלק בזאת בין ע"ז לשאר איסורין וא"כ מוכח דינו של הרמ"ה אפי' לפי המסקנא דלא כנקש"כ ודו"ק:

וע"ד פלפל יש לייסב בסברא זו שכתבנו קו' הפ"י שהקשה על הא דשמואל שהביא חדש יותץ וקשה מאוד הא הוא עצמו פוסק זוז"ג מותר וא"כ אמאי יותץ, וכ' הפ"י דשמואל אינו סובר כסברת התוס' דתנור הוי דיעבד ע"ש וא"כ הא גופא טעמא בעי אמאי לא הוי דיעבד הא יפסיד התנור, ואמנם כנראה דהנה לשיטת הרי"ף והר"מ לא מהני הולכה אלא כשנתערבה וכ' הר"ן והרמב"ן דטעמא משום דכמו בהא דרשב"ג דאין אנו מתירין אותה ביין בין כן נמי בדר"א, וא"כ שמואל לשיטתו שהוא סובר הלכה של רשב"ג אפי' יין ביין א"כ מהני נמי הא דר"א אפי' בלא נתערב, וא"כ הא כ' הרשב"א בתוס' יבמות דמהני הולכה בכל אי' והא דלא קתני תקנה זו בכמה משניות משום דלא נחית התנא לתקנה אבל בזאת מהני וא"כ א"ש דשמואל תני לה להא בריי' דחדש יותץ להלכתא דכיון דהוא סובר דמהני הולכת הנאה אפי' יין ביין א"כ גם בתנור זה מהני הולכה והא דיותץ הייני כשלא יוליך וא"כ זה לא הוי דיעבד דהא לא יפסיד אלא דמי עצים לחוד וא"ש — ואכן דלא סבירא לן כן כתבו התוס' שפיר דהוי דיעבד שיפסיד התנור דהא לא מהני להוליך אלא בפת שנתערבה ולא בתנור דהוי כיין ביין — ועפ"ז ישבתי לי מה שהקשיתי לשיטת הר"ן והטור שגם בע"ז צריך אבוקה כנגדו דאף שהאפר אסור מ"מ לא"ה שבח עצים אלא באבוקה וא"כ רבנן דפליגי אר"א פליגי ג"כ בע"ז דהם לא סברי שבח עצים כלל וכן כ' הפ"י בפירוש ודלא כמהרש"א ומהרש"ל וכן סובר הש"ך דבע"ז כ"ע מודי דל"צ אבוקה ע"ש — וא"כ קשה לי למה לו לשמואל להפוך השלוגתא כדי שיהי' הפסק כרבי הא בלא"ה נמי שפיר הלכתא כרבי דלא הוי מחביריו דהא סתם מתני' דע"ז מוכחת דלא כרבנן אלא דיש שבח עצים דאי אין שבח עצים א"כ אינו אסור לא התנור ולא הפת לרבנן כלל וכיון דיש כאן סתם מתני' כרבי א"כ ודאי הלכתא כוותיה וזהו קו' גדולה וראיה לשיטת הש"ך דבע"ז אפי' רבנן מודי דלא פליגי אלא בערלה ומשום דאבוקה לא באה אלא מן הגחלים הנשרפים ולכך צריך להפוך, וכן מצאתי קו' זה בס' ח"ל:

אבל לפי שאמור לעיל א"ש דהנה עוד יש לדקדק למה בזאת פסק שמואל כאן דלא ככללי הש"ס דאין הלכה כרבי מחביריו עוד קשה למה פסק שמואל הלכה זוז"ג מותר בע"ז הא מוכח מסתם מתני' דע"ז מדקתני חדש יותץ לכ"ע דעכו"ם בע"ז זוז"ג אסור וזהו הוי סתם משנה כמ"ש הר"ן בע"ז ע"ש:— לכן נראה דשמואל לשיטתו אינו מוכח מסתם משנה זו זוז"ג אסור בדיעבד כלל דהא אפשר בו את הפת לא מוכח זוז"ג דדילמא איירי מהיסק ראשון בחדש וישן וא"כ הא לא הוי זוז"ג אפי' בישן לא הוי זוז"ג דשבח עצים ניכר ולא מהני זוז"ג לשי' הר"ן ושאר ראשונים ולא מוכח אלא מחדש יותץ וכן פרש"י בפסחים דמדקתני חדש יותץ מוכח זוז"ג אסור וכיון למ"ש דאאפה לא מוכח דילמא בהיסק ראשון וכיון דשמואל מתיר הולכת הנאה ליה"מ אפי' בלא תערובות דיין ביין נמי לדידיה וא"כ הא דחדש יותץ דמודה ר"א ה"ט משום דהוי לכתחלה ומש"ה שפיר פסק שמואל זוז"ג בדיעבד מותר אפי' בע"ז דהא בשדה שכבר נזדבלה הוי כחדש בהיסק שני שכבר הוסק אבל חדש קודם שהוסק שפיר יותץ דהא הוי לכתחלה דהרי מותר לו ע"י שיוליך הנאה וכל לכתחלה שלא יפסיד אלא דמי א"ש איסור. אבל שבח עצים ודאי מוכח ממשנה זו דאליה"ס הכל מותר וכן ודאי דמותר באפה הפת בישן שלא ליתצו ואין צריך אפילו להוליך דהא הוי תו דיעבד זה וזה גורם אלא ודאי יש שבח עצים ניכר ולא מהני זה וזה גורם ולכך פוסק שמואל כרבי ואפי' מחביריו משום דסתם מתני' מוכח כוותי' דיש שבח עצים אבל זוז"ג פוסק דמותר דממתני' לא מוכח אלא שבח עצים אבל זוז"ג בלא שבח עצים לא מוכח דאסור: ואמנם הא תינח אליבא דשמואל לשיטתו שהוא סובר יין ביין נמי מותר להוליך משא"כ לדידן דפסקינן יין ביין לא מהני הולכה כמו דלא מהני תקנה של רשב"ג וא"כ לדידן שפיר מוכח ממתני' זוז"ג אסור מדקתני חדש יותץ ומודה ר"א ובתנור הא לא מהני הולכה וא"כ הוי דיעבד שיפסיד התנור ואמאי יותץ א"ו זוז"ג אסור עכו"ם בע"ז וכיון שכן תו לא מוכח יש שבח עצים ניכר דהא דאפה את הפת בישן דאסור אף דהוי זוז"ג לא מטעם שבח עצים ניכר אלא משום דזוז"ג אסור והא ראי' דאפי' בחדש ע"י היסק שני דליכא שבח עצים ניכר ומ"מ אסור מדקתני יותץ ויפסיד התנור — והשתא נ"ק מה שהקשיתי למה צריך להפך לשנות הסוברים דאף בע"ז צריך אבוקה ורבנן גם שם פליגי, ולק"מ דאי לא הפך לא הי' מוכח ממתני' שבח עצים ניכר אלא זוז"ג אסור בע"ג ועדיין ה"א דהלכתא כרבנן בערלה דאין שבח עצים דאין הלכה כרבי מחביריו ודו"ק כי זה נכון. — והש"ך תי' דברי הרמ"ה דלעולם גם הוא ס"ל חדש יותץ וזוז"ג מותר בע"ז אלא דהוא לא מצריך אבוקה כיון שגם אפר אסור ודקדק כן מלשון הרמ"ה שכתב בפת שנאפה בעצי אליל ומשמע שבא למעט חדש ע"י עצי היתר אלא בישן ועצים של ע"ז אוסר וע"ש. — והנה עם שסברת הש"ך נראה נכון למאן דס"ל זוז"ג מותר דבע"ז ל"צ אבוקה כנגדו כיון דאפרה אסור ואף שהקשה עליו הפר"ח מהאבעי' דרמב"ח בעצי הקדש הנה כבר הקשה כן מהרש"ל ותי' דהאבעי' היתה בחדש בהיסק שני למד זוז"ג מותר — אבל עכ"ז נפלאתי על הש"ך ז"ל פלא והפלא איך נעלם ממנו ז"ל קיצור פסקי הרא"ש שסידר בעל הטורים בע"ז שכ' בפירוש חדש יותץ וא"כ הלא בפירוש פוסק הרא"ש זוז"ג אסור בע"ז ולע"ג:

ואחריהם בא הרב בעל מ"א ז"ל בס' חמ"ה ופי' דברי הרמ"ה דבע"ז דבמשהו זוז"ג אסור כמו משהו וכן בחמץ וכ' שהוא ס"ל דלא כע"ז ולא כש"ך, ודבריו ז"ל ג"כ נפלאו שלא זכר כלום מהקושי' של הב"י דא"כ הא גם בחדש שנזדבלה איירי מזבל ע"ז ולא בטל לשיטתו ומ"מ זוז"ג מותר וכיון שכתב בעצמו שאינו סובר כע"ז א"כ איך יתכן הוא קושי' זו וכן הקשו האחרונים עליו:

ואשר נלע"ד לתרץ הכל בס"ד הוא דבאמת נ"ל דברי המ"א אמיתים הם דסברת הרמ"ה דבע"ז כל זוז"ג אסור ומשום דבמשהו וכל שהוא במשהו גם זוז"ג אסור, וא"כ חדש יותץ ועוד יותר דאפי' לקח עצי ע"ז ועצי היתר מ"מ אסור כמ"ש המ"א, ולפי קושי' מה שדקדק הש"ך דא"כ למה נקט פת שנאפה בעצי ע"ז דמשמע דוקא בישן ובעצי איסור והוא דקדק גדול לכאו' — ונראה לי שבא הרמ"ה למעט אם נאפה בגחלים אז מותר הזוז"ג והייני כי כוונת הרמ"ה לומר דכל זוז"ג אסור בע"ז וכמ"ש המ"א אלא דנקיט בעצי אליל להורות דאף שאמרתי לך זוז"ג אסור ותנור חדש יותץ ג"כ מ"מ הייני אם בא האיסור מכח העצים בעין ואז אסור אסור בין בחדש בין בישן אבל אם לא בא אלא מן הגחלים אפי' הם לוחשות מ"מ כל שלא נעשה התנור מהעצים ולא נאפה הפת מן עיקר העצים בעין מותר ע"י זוז"ג ודלא כש"ך וטעם הדבר נ"ל כיון דהרמ"ה מש"ה אוסר זוז"ג משום דלא בטיל כמו שהע"ז במשהו א"כ נראה דכ"ז דוקא ע"ז בעין אבל כל שנשרף והיתה ראויה להיותה הגחלים מותרים דהא היא מן הנשרפים וכל הנשרפים שנעשה אפרן כבר כלה הע"ז אלא דמ"מ אסורים הגחלים אפי' מה"ת משום קרא דלא ידבק בידך מאומה ומ"מ כיון שהתורה קרא אותן מאומה הייני שאין בהגחלים ואפר מן הע"ז ממש אלא כל שהוא דהייני מאומה אלא דמ"מ אותו כל שהוא ג"כ אסור ואמנם הייני דוקא גחלים בפני עצמן אבל אם עשה מהן זוז"ג עם גוים של היתר מותר לגמרי דהרי כל זוז"ג אינו אסור אלא מפני שהוא משהו וכאן הא הגחלים בפני עצמן אינם רק משהו וע"י זוז"ג הוי להו תרי משהו ותרי משהו לא"א אפי' במין במינו שהוא במשהו עה"ת לר"י וכמ"ש הע"ז חלי בב"ש מכש"כ כאן דבל מה שע"ז אינה בטילה לא הוי אלא מדרבנן א"כ הייני בע"ז עצמה אבל גחלים שאינם רק משהו מע"ז דהוא כבר כלה ודאי דתרי משהו לא"א נ"ל שהם לא הוי אלא משהו מן ע"ז שהע"ז כבר כלה ואף שהגחלים עושים פעולה כמו העץ מ"מ תו לאו ע"ז הם אלא באים מכח והוי גורם ומשהו מע"ז ודו"ק — וכן נ"ל ברור דגחלי ע"ז שנתערבו בעצים דלא אמרו ע"ז במשהו אף לשי' החולקים על רש"י ז"ל דלא בעינן דבר שבמנין מ"מ ע"ז בעינן אבל גחלים ואפר של ע"ז תו ליכא כאן ע"ז ובעצים וא"כ גם זוז"ג שפיר מותר בהן ואמנם הא תינח בע"ז שהיא מן הנשרפים והנשרפה כלה איסור של ע"ז ולא נשאר רק מאומה משהו שבאה מכחה והייני הגחלים: אבל בחמץ שהוא מן הנקברים ולא כלה אי' הנאה שבו לעולם וא"כ הגחלים והאפר הם כמו חמץ עצמו ועוד דבחמץ הטעם משום דמיל"מ וא"כ אין לחלק ושפיר כתב המ"א וכמו שהביא לו סייעתא ממ"ש מהרי"ל דהמחמין ג"כ לא לבטילי וכן הטעם דהא אין שום חילוק בין המחמין לחמץ עצמו לענין הנאה דהוי ג"כ דבר שיש לו מתירין ומש"ה גם זוז"ג אסור אפי' בגחלי חמץ, אבל בע"ז יש כאן חילוק גדול דלא השמיענו בע"ז רק משום חומרא שלה וכל החומר שלה לא הוי אלא בעודה בעין אבל אחר שנשרפה אף דהתורה ג"כ אסרה הגחלים מ"מ אינם אוסרים לא במשהו ולא בזוז"ג וכמ"ש וזה נ"ל אמת ונכון ומקום הניחו לי מה"ש:

ועתה נתרץ כל הקושי' ועוד קושי' אחת יש כאן באחרונים כי לפי מה דקיי"ל הלכתא זוז"ג מותר בזבל של ע"ז א"כ נסתר תי' של רבא שתי' כאן בעצי הקדש ה"ט משום דהקדש אפי' באלף לא בטיל ומזה הביא המ"א ראייתו דכל שלא בטיל גם זוז"ג אסור דהא ע"כ איבעי'

של

של רמב״ה לא היתה אלא אליבא דמ״ד זוז״ב מותר וכמו שפי׳ המהרש״ל וא״כ כיון שכן תי׳ רבא והוא בתרא ע״כ הלכה כמותו והא בע״ז קיי״ל מותר זוז״ב — אבל לפמ״ש א״ש מאוד דבזבל שו׳ פרה של תקרובות ע״ז ג״כ לא אסור אלא מקרא דלא ידבק מאומה וכמו שאמרו רבנן שם לר״י שנאמר לא ידבק וכן איתא בע״ז דף ל״ד דפרה לא אסור אלא מלא ידבק וה״ט דכל שנקרבה לע״ז תו ליכא כל עיקר ע״ז שלה ואי לאו קרא דלא ידבק מאומה היתה מותרת ומש״ה לא הוי הזבל ולא הפרה במשהו מטעם שכתבתי לעיל וזוז״ב ג״כ מותר אבל בהקדש דאיסור של ביטל הוי משום דבר שיש לו מתירין וכן אין שום חילוק בין גחלי ואפר של הקדש להקדש עצמו והשיר כתקיימו דברי רבא וכן בחמץ בפסח הדין כן כמ״ש הת״א ומש״ה פוסק הרמ״א עצמו זורעין חטים ירקות כמו שהביא הטור יו״ד דאף דזוז״ב בע״ז אסור דוקא בעלי ע״ז עצמן אבל לא בכניה שנעשית זבל דאינו אסור אלא משום מאומה דהיינו משהו ובי׳ זוז״ב מותר לגמרי :

ולפ״ז ל״ק מה שהקשה הש״ך על הט״ז דא״כ מאי אמר ר״א דעלים הוא ואיך מלמה אותן הגמ׳ להא דזבל דודאי לפי חי׳ של הט״ז קשה אבל לשיטת הת״א וכמו שבארכנו לק״מ דכל הסברא לחלק שחלקנו בין ע״ז עצמה לזבל או שנחלים לענין התיר זוז״ב לא שייך לחלק כן אלא לדידן דבכל אי׳ שבתורה קיי״ל זוז״ב מותר וא״כ הוי זוז״ב ביטל ורק בע״ז שאינה בטילה או בהקדש לא מהני זוז״ב וא״כ שייך שפיר לחלק דבזבל שהוא בטיל מהני ג״כ זוז״ב אפי׳ בע״ז דהוי כשאר איסורים אבל לר״א שהוא באמת אוסר זוז״ב בכל התורה כולה א״כ לא הוי לדידיה זוז״ב שום ביטל והוי כגורם אחד וודאי שאין לחלק כלל כיון דעכ״ם הזבל אסור מה״ת ועכ״ם כשאר אי׳ וא״כ הגמ׳ שם בנ״ב דרבר ידע מברייתא דוכן הי׳ ר״א אוסר בכל אי׳ שבתורה וכן כי בת״ח שכן ידע שם מברייתא׳ זו וא״כ שפיר אמר לר״א דעלים גם בזבל אסור זוז״ב כיון דלא הוי ביטל כלל ולא מיקרי תרי משהו וכ״ז ברור ונכון לענ״ד :

דין ג.

בהמה האוכלת חמץ בפסח אם חלבה מותר.

הנה בפמ״ג סי׳ הביא דין זה ופלפל שם שאם אכלה עוד דברים אחרי׳ הי׳ מותר אלא דהוי לכתחלה חוז״ב אסור לכתחלה ולא הבנתי דבריו ז״ל מה זה לכתחילה הא כבר אכלה והחלב שבא מכחה הוי כדיעבד וכמו שדה שנזדבלה וכבר נזרע דמי אין לך דיעבד גדול מזה : ונראה בכוונתו דכל דבדיעבד מותר היינו אם הוא של ישראל שאם יאסור לו יפסיד את שלו אבל בשל נכרי הוי כלכתחלה כיון שאין לישראל שום הפסד וכ״כ הרדב״ז לענין ביטל : ולפ״ז גם בשדה שנזדבלה דקיי״ל דמותר לזרוע היינו שדה של ישראל אבל של נכרי הי׳ אסור אפי׳ התבואה שגדלה וזהו דבר חדש — שוב מצאתי להריטב״א שכ׳ פי׳ כל הגאונים דף מ״ט אהא דשדה שנזדבלה הזרע שכ׳ וז״ל פי׳ דקי״ל זוז״ב מותר ואף על גב דהא לכתחילה שאנו מתירין לזרוע כו׳ אלא כשהוא עושה מעשה לכתחלה בגורם דאיסורא וכן בפ׳ כל שעה כו׳ כיון דגורם לאיסורא הוי דיעבד היינו באילו כדי שלא יפסיד עכ״ל. — ולכאורה מדברי הריטב״א ראי׳ להפמ״ג שהרי מדיעבד איירי דהיינו שכבר נזדבלה השדה מ״מ לא התירו אלא שלא יפסיד ומשמע בהיפוך שאם השדה של נכרי דליכא הפסידא לא שרינן — אך אחר העיון ליתא דהריטב״א איירי שהאיסור לבד היא דיעבד וכמו שהביא מפ׳ כל שעה דהיינו תנור חדש דהאי׳ הוא כבר נעשה ועתה הוא בא לעשות בעלי היתר זוז״ב וזהו ודאי דאסור אם לא משום הפסד התנור וכמ״ש שם הראשונים, ואדרבה שם הקשיתי ומצאתי שהקשו׳ א״כ בא״מ איך אנו מתירין משום הפסד להסיק התנור ולבטל גורם האיסור הא קיי״ל דבאי׳ תורה כמו שאסור לבטל לכתחילה כן כמו אסור להוסיף כדי לבטל וא״כ הא גם שם אם נפל אי׳ תוך כ״ע של היתר פעמים יש לו הפסד גדול של היתר שלו ומ״מ אסור להוסיף וזהו קו׳ גדולה להר״ן דזוז״ב מטעם ביטל : ולפמש״ל דכל גורם אפי׳ גורם אחד לא הוי אלא מדרבנן א״ש וכן כי בא״מ אבל אי גורם אחד אסור מה״ת קשה — ונראה כי דאפי׳ אי גורם אחד הוי מה״ת מ״מ תנור חדש לא הוי איסור שלו אלא מדרבנן בערלה וכ״כ. והוא דלכאורה אף דלרבי דאבוקה באה מן הבעין ולא מן הגחלים מ״מ אין לחכמים שבא הוא גם מן הגחלים וא״כ התנור אף שלא הוסק אלא מעלי אי׳ הוי מ״מ זוז״ב הוא אבוקה והוא הגחלים שהם מותרין וא״כ למ״ד זוז״ב מותר הי׳ ראוי להיות התנור מותר בעצמו קודם שיסיק בעלי היתר אלא דזה אינו דהא יש שבח עלים ניכרים בעין ולא מהני זוז״ב כמו דלא מהני ביטן ועלי איסור לדעת הר״ן ורוב ראשונים אלא דזה לא הוי אלא מדרבנן כמ״ש הר״מ דבשיש זוז״ב כמו ביטן ועלי אי׳ אף דע״י שבח עלים לא מהני הזוז״ב מ״מ סברא זו לא הוי מה״ת אלא מדרבנן וא״כ לק״מ דבדרבנן מותר להוסיף ומש״ה מותר להסיק את התנור חדש אח״כ משום הפסד וזה ברור — אלא דלפ״ז קשה א״כ מאי קאמר ר״א דעלים ומוכח לה מדקא מודה לחדש יותן וכמו שפרש״י הא איכא למדחי דהם בע״ז שגם הגחלים אסורים ואם כן התנור חדש לא נגמר אלא בא׳ גמור בלא זוז״ב ומש״ה יותן דאסור להוסיף אף שיפסיד משא״כ בערלה שנגמר ע״י שום אבוקה והגחלים ולא הוי אי׳ דאו׳ ומש״ה מותר להוסיף, והי׳ מזה ראי׳ לשיטת הב״י דגחלי ע״ז אינם אסורים אלא לכתחילה אבל אם הבישל בהם מותר :

והנה עכ״פ נראה דהא שכ׳ הריטב״א דרק הפסידא התירו באופן שלא נעשה בדיעבד אלא האיסור אבל גורם ההיתר הוא עושה לכתחילה כמו בתנור וכן הזכיר הריטב״א בשדה של זבל ע״ז דכיון שעדיין לא נזרעה לא הוי דיעבד ממש אבל כאן בנידון דידן בשעה זו כבר אכלה והחלב בא מאילא וא״כ לא עשה כלום לכתחילה ודאי נראה שזהו דיעבד גמור ולא לכתחילה ואפי׳ בהמה של נכרי מ״מ כל שבא בדיעבד גמור מותר אפי׳ בלא הפסד כלל כיון שכבר נתבטל — אלא דמ״מ הא לדעת הת״א וכן קיי״ל לא מהני בחמץ זוז״ב כלל וא״כ הי׳ החלב אסור ואפי׳ הוי דיעבד ונפלאתי כי׳ דהוי שלא כדרך הנאתו ולענ״ד לא נראה כלל היתר זה דזה החמץ שהבהמות אוכלין הוי כדרך הנאה שהיא מן פסולת השעורין שעושין מהן שכר והם חמץ גמור ודלא כתשו׳ פ״י שכ׳ דעאלץ הוי חמץ נוקשה וכבר בארתי בע״ח דלא כדבריו אלא דהוי חמץ גמור דראוי לחמץ בו וא״כ אין לך כדרך הנאה יותר מפסולת הללו שהן מוכן לבהמה, גם מ״ש איזה מאחרוני זמנינו דהחלב מותר משום שנשתנה החמץ לדבר המותר לפי דעתי הוא טעות גדול דלא מהני סברא זו דנשתנה אלא בדבר האיסור אכילה אבל בדבר איסור הנאה לא מהני כלום דהא מ״מ נגרם מהחמץ ועכ״פ הנאה יש כאן, וכן מבואר סברא זו דלא מהני נשתנה בא״ה ברש״י ע״ז דף מ״ו ע״ב ד״ה או אין, והא דהובא סברא זו לענין דבש היינו משום שנתערב קודם פסח והוי כלא הי׳ חמץ מעולם משא״כ בחמץ זה שבפסח נאסר בהנאה ואם כן אפי׳ נשתנה מ״מ הוי גורם הנאה דאל״כ א״כ כל גורם הא נשתנה מכמות שהי׳ לדבר המותר א״ו דלא הוי כלום — אבל הנראה לענ״ד היא דיש כאן להתיר אפי׳ לדעת הת״א ומטעם זוז״ב ואף דלא מהני לדידי׳ זוז״ב בחמץ מ״מ כאן מהני וכמו שאבאר דהנה לכאו׳ יש לראות אם אפה פת בעצי ע״ז דלרש״י מהני הולכת הנאה ליה״מ אפי׳ לא נתערב כלל והר״ן וכן הרא״ש אף שהם צריכים שיתערב הפת מ״מ סגי לדעתם בהולכת דמי עלים לחוד, והסברא דהא לא נעשה כל הפת איסור :

אלא דאסור משום שבאוכל הפת הוא נהנה מן עלי האיסור ומש״ה כשמוליך אותן הדמים ליה״מ מכיסו א״כ תו לא נהנה כלום ומותר אפי׳ באכילה כמ״ש הרא״ש בשם ר״י, וא״כ לפ״ז תקשה מאוד אם נחתום אחד אפה פתו בעלי א״ה ויש לו הנאה מהעלים הללו דמשתכר ליה עלים של היתר והא היכא לדידיה משא״כ לאותן הקונים פת מן הנחתום בכסף מלא מה ריוח ומה הנאה יש להם מעלי האיסור הלא הם קונים את הפת בכסף השוה כמו אם הי׳ נאפה בעלי היתר וא״כ אמאי יאסר אותו פת לאחרינא בשלמא אם לא הי׳ מהני שום הולכה ליה״מ בפת זה דהיינו שהיינו אומרים שהפת כלו נאסר משום שנאפה בעלי אי׳ הי׳ ניחא דכל שנאסר לאחד אין לחלק כלל ואסור לכל אבל כיון דמהני הולכת דמי עלים א״כ אין הפת נאסר כלל אלא שלא ירוויח ולא יהנה א״כ לאחרים הא הוי כהולכת הנאה אפי׳ אם לא יוליכו דהם הם לא הרוויחו כלום וכשמשלם דמי כל הפת כבר הוליכו דמים של א״ה ליה״מ, אלא דלק״מ דכל מה שאסור לישראל האופה אסרוה גם לאחרים דאי מותר לאחריני א״כ יש לו להאופה עצמו הנאה ע״י שיתנו לאחרים ומש״ה אסור לכ״ע וכן איתא סברא זו לענין שאר א״ה שאסרו חז״ל וכן בחמץ שעבר עליו הפסח אסור לכ״ע משאי טעמא ועיין רי״ט אלגאזי בכורות דף ע״ב ע״ש וא״כ כל שאסור להאופה אסור לכ״ע עד שיוליך האופה דמי א״ה ליה״מ ואז הותר לו ולעלמא וכן נמי אם הוליך אחר הנאה ליה״מ אבל בלי הולכה אסור לכ״ע כמו להנהנה עצמו — וכ״ז היכא אם ישראל הוא העושה הגורם משא״כ בנ״ד שהנכרי האכיל חמץ לבהמתו וא״כ להנכרי הא חמץ זה מותר לו וא״כ אין לחז״ל לאסור לו לנכרי אותה הנאה שיש לו דהא מותרת לו ולישראל הקונה ממנו החלב הא אין לו שום ריוח ולא הנאה ממה שהאכילה הנכרי חמץ ולא היתר הא הישראל הוא קונה את החלב בכסף מלא ומה הנאה יש לו וכיון דלא משתרשי לי כלום מותר לו לאכול החלב כיון דכל האכילה אם תאסור לא תאסור אלא משום הנאה של גורם וכיון שאין לו הנאה הוי כמו שכבר הוליך הנאה של חמץ ליה״מ ומותר — ומעתה כיון דלהב״י והש״ך בא״ה מותר משום זוז״ב ולא נשאר אלא להת״א שאוסר זוז״ב יש לסמוך על מ״ש דלא אסר הת״א אלא אם אפה ישראל אבל בנכרי שהאכילה בהיתר לנו אין לנו שום הנאה מותרת החלב, ואע״ג דהת״א לא הותר בחמץ בהולכת הנאה ליה״מ היינו משום דכיון שכבר נאסר א״כ מה יועיל לו שיוליך דמים מכיסו ליה״מ כיון דאין זה כע״ז שדמים נתפסים וכמ״ש שם והא היכא בשנאסר אבל בנ״ד כיון שאין לישראל שום הנאה א״כ לא נאסר כלל מעיקרא, ולפ״ז הי׳ אפשר להקל אפי׳ בגורם אחד למ״ד דגורם אחד לא הוי אלא דרבנן, ואף דלא מהני הולכה אלא אחר שנתערבה היינו כשנאסר אבל כאן לא נאסר כלל וכמ״ש דאין כאן הנאה לישראל כלום, אלא דמ״מ בגורם אחד א״א להקל אבל בזוז״ב ודאי דליכא לאיסור כלל כנ״ל — שוב מצאתי בשערי

תשו' שהביא בשם שו"ת בית אפרים שמותר השלב וכו' בטעמו משום שהחמץ מותר לו לנכרי והוא מאכילה בהיתר וע"ש וספר שו"ת ב"א אין תחת ידי אבל נראה שכיון למ"ש ע"ש:

דין ד.

היכא דעצי האי' באו קודם.

הנה הר"ת ז"ל פסק קדירה שבישלה בעצי אי' ועצי היתר היכא דעצי אי' באו קודם אף שלא נתבשלה כמאכל ב"ד אסור דלא הוי זוז"ג אלא אם באו יחדיו והכ"מ תמה עליו מכ"ל דין זה ע"ש — ונראה לי ראיה לדינו של הר"ת ז"ל דהנה התוס' הקשו לקמן דף ע"ה דמבעי בתנור גרוף מאי וקשו הא בישלה ע"ג גחלים מותר א"כ תנור גרוף מכש"כ וכן פרש"י באמת כיון שסוגיי' ותי' בתוס' דתנור גרוף גרע טפי משום שהחום בא מן האבוקה וע"ז הקשו בתימא דבאמת קשה למה מותר מ"ש מאבוקה כנגדו וע"ש. — ונ"ל דמהם קו' זו הי' סובר הר"ת ז"ל לחלק דהנה כבר הקשיתי לעיל דלמ"ד זוז"ג מותר קשה אמאי אסור באבוקה כנגדו הא לא ימלט שנאפה גם מחום של גחלים וא"כ הא הוי לי' זוז"ג חום של אבוקה שבאה מן עלים בעין לרבי וחום של גחלים שהם מותרין דזו אין סברא לומר דהואיל דהגחלים הם מן עצי ערלה שלא יקראו גורם היתר דמ"מ הא אם הם מותרים א"כ הוי שפיר גורם היתר כמו עצי היתר ממש. — אלא דל"ק דאם נאפה הפת באבוקה כנגדו אז באה חום האבוקה תמיד מעט קודם שהרי הי' באה קודם שנעשו גחלים וכל שבא מעט קודם תו לא הוי זוז"ג כמ"ש הר"ת ואף שלא הספיקה לאפות את הפת אפי' אפיה מועטת קודם שבא חום של הגחלים מ"מ כל שלא באו יחדיו ממש לא הוי זוז"ג — וא"כ לק"מ קו' התוס' דהא תיכף כשאבוקה כנגדו ממש אבל בתנור גרוף אף שהחום שבתנור באה ג"כ מן האבוקה מ"מ הרי יש בתנור זה גם חום של גחלים שאין להכחיש המוחש ועתה חום זה שבתנור נתערב יחדיו ומותר משום דהוי זוז"ג וזה דבר נכון מאוד ומוכח דינו של הר"ת ז"ל:

כלל כא.

הרהונא

דין א.

נכרי שהלוה את ישראל על חמצו.

אוקמינן לרבא דהא דמותר בהנאה לאחר פסח היינו כשהרהינא אצל נכרי ואמר לו מעכשיו וכו' והרא"ש דהא דצריך הרהין ה"ט דאי לא לא גרע מחמצו של נכרי וקיבל ישראל אחריות דאסור וכו' והפר"ח דלפ"ז אם הותנה בפירוש עם הנכרי שאין מקבל שום אחריות והנכרי נתרצה א"צ הרהין ומותר וכו' עוד דהא שכ' רש"י ז"ל בגיטין שמן מפקיע מידי שיעבוד מיירי בסתמא דמסתמא אם לא הרהין שאחריות על ישראל ומש"ה שפי' אמר מעכשיו נמי מפקיע מידי שיעבוד ואסור ע"כ. — ולכאו' דבריו תמוהים דאי משום אחריות א"כ למה ליה למימר דמפקיע מידי שיעבוד אפי' אי לא מפקיע והוי דנכרי מ"מ אסור משום אחריות וכן הקשה הפ"י שם בגיטין על רש"י ז"ל ע"ש. אבל דברי הפ"ח דמוקי לה משום אחריות לע"ג. — ומצאתי בהגה"ה הגאון מוה' ברוך פרענקיל ז"ל על המ"א שכ' דהר"ת שאסור לישראל ליתן החמץ לנכרי בחובו מאחר שנפקע השיעבוד ואי לא הי' נפקע הי' מותר וע"ש שכ' דבזה מיושב קו' הפ"י וגם דברי הפ"ח יש ליישב כן. — ולכאו' יש לראות במ"ש הפ"ח דאם הותנה עם הנכרי שלא באחריות מותר אפי' לא הרהין וא"כ לפ"ז ל"ל הרהין אלא לאחריות ולפ"ז קשה מאד דא"כ הישא בישראל שהלוה לנכרי דמיירי נמי שהרהין הנכרי החמץ לישראל ואמר מעכשיו וכמ"ש הרא"ש שם וקשה ל"ל כאן הרהין הא כיון שאמר מעכשיו א"כ הרי חמץ זה למפרע של ישראל וא"כ אפי' ביד נכרי ואפי' קיבל הנכרי אחריות נמי אסור דהא לא קיי"ל כשיטת הגאונים דסברי בקיבל הנכרי אחריות וביתו של נכרי אינו עובר על חמץ של ישראל וכמ"ש הרא"ש לעיל וא"כ ל"ל הרהין וזה לע"ג. — ואשר ע"כ נראה דהרא"ש ג"כ סובר כהרמב"ן דהרהין צריך כדי שיהי' נקנה לנכרי במשיכה דהא קיי"ל כר"י ד"ת מעות קונות ובנכרי משיכה ולא סגי במעות והא דכ' הרא"ש שצריך הרהין משום אחריות היינו דלענין קנין הי' סגי כשעשה ק"ס או קנין אגב קרקע וא"כ הי' קשה להרא"ש למה נקיט רבא דוקא קנין משיכה ומוקי לה בשהרהינא דוקא א"ו דמשום דאי הי' מוקי לה בקנין אחר וכשנשאר החמץ ביד ישראל הי' צריך עדיין לאוקמי כשהותנה הישראל שלא יהי' חייב באחריות כלל ולהכי מוקי לה יותר בהרהין דפעל הכי תרתי שקנה במשיכה וגם הוא בביתו של נכרי ולא איכפת לן אחריות של ישראל כנ"ל פשוט וברור:

ובאמת כי כן הביא המ"א בשם ש"ג דאם עשה קנין אחר ל"ל הרהין ועיין מחצית השקל ואפשר כוונת הפ"ח כן דמ"ש שאם הותנה שלא באחריות ל"ל הרהין היינו אם עשה קנין אחר אלא שקיצר בדבריו. ובזה נראה דלק"מ מה שהקשו האחרונים ז"ל על הרא"ש דהוא עצמו כתב לקמן דלאביי אף בביתו של ישראל אלא שלא באחריות ניחא וא"כ לרבא ג"כ ל"ל הרהינא ונלאו כולם לפרשו עיין מק"ח ותוס' ולל"ח ולפמ"ש א"ש מאד דודאי לרבא שצריך עכ"פ קנין דאל"ה לא מהני מעכשיו וא"כ מש"ה בחר לו רבא יותר בהרהינא שיפעול תרתי קנין ואחריות הנכרי משא"כ לאביי דל"ל שום קנין כלל דהא למפרע גובה וא"כ ודאי שאם שלא באחריות ישראל ניחא וזה ברור. — ואמנם עוד נראה לבאר יותר דהנה המ"א הקשה הא אם יאנס יהי' הישראל חייב לשלם להנכרי החוב וא"כ עדיין באחריותו של ישראל הוי וכו' ביד אפרים דלק"מ דכאן שאמר מעכשיו אם לא אפרע יהי' שלך הוי כמכירה גמורה אלא על תנאי שאם יהי' לו מעות יחזיר לו החמץ וא"כ ודאי שאפי' יאנס לא יהי' חייב הישראל לשלם דהא הוי יותר מאפותקי מפורש דהוי כמכירה גמורה שהאונסין על הלוקח. — ובמק"ח כ' שא"א לפרש כן דא"כ מה זו הלואה הא הוי מכירה ובמתני' הא נכרי שהלוה קתני וע"ש שדחקו לדבריו ז"ל: ברם שגם הרמב"ן ז"ל כ' כן דמיירי שאמר לו קני והוי כמכור בע"מ ע"ש אלא דלפ"ז ע"כ דמיירי שלא הותנה שאם יאנס יפטור הישראל דא"כ הוי מכירה גמורה וא"כ מה זה נכרי שהלוה. ועכ"ל כמו שתי' המ"א דהוי בביתו של נכרי ובזה ודאי נראה ליישב דברי הרא"ש דרבא מש"ה מוקי לה בהרהינא כדי שיהי' בביתו של גוי ולא יהי' אסור אף דאחריות אונסין ודאי על הישראל דאל"כ לא הוי הלואה אלא מכירה ומש"ה לא מוקי לה בשאר קנין דאי בשאר קנין א"כ נשאר אצל ישראל וע"כ הי' צריך לומר שהותנה שאם יאנס יפטור הישראל מחובו וזהו הוי מכירה גמורה. אבל אביי שפיר מוקי לה בלא הרהין כלל והותנה שאם יאנס יפטור הישראל ומ"מ לא הוי רק הלואה דהא לא אמר לו מעכשיו ולא מכר אלא הלוה לו בדין אפותיקי מפורש שאין על הישראל חיוב אונסין ואשמועינן מתני' שפיר דלמפרע הוא גובה ומיירי שלא באחריות וזהו שכ' לרבא דלא גרע מקבל עליו אחריות לשון זה מורה שאין כוונת הרא"ש על אחריות שמירה דבזה לא שייך לומר דלא גרע הא כן הוא אלא כוונתו לאחריות אונסין וקו' המ"א דודאי יהי' הישראל חייב לשלם החוב וע"ז כ' דלא גרע מאחריות שמירה כיון שעכ"פ ישלם וזהו ברור מאד ולק"מ — אך אמנם מה שנ"ל באמת לחלק בין הא דאביי דל"ל הרהינא ואף דהחמץ בביתו של ישראל וא"כ עובר משום אחריות ואף דליכא אחריות שמירה דבאמת אין דין שומרין בשל עכו"ם בסתמא מ"מ הא איכא אחריות אונסין שאם יאנס חייב הישראל לשלם חובו לנכרי ומ"מ אינו אסור החמץ אחה"פ ולרבא צריך הרהין משום אותו אחריות של אונס וכמ"ש הרא"ש נ"ל לבאר בשנדקדק דעוד יותר קשה דהא לאביי יותר גרוע מלרבא דלאביי ודאי דלא הוי של נכרי אלא כשבא לידי גבייה וכמ"ש רש"י ז"ל כשגבאו אז אמרי' אגלאי מילתא למפרע דשלו היתה משעת הלואה' אבל אם לא בא לידי גבייה כלל כגון שנאנס ודאי דלאו של נכרי הוי דהא לא גבאו אבל לרבא הא אמר אם לא אפרע יהי' שלך מעכשיו ממילא מיד כשבא הזמן ולא פרע הוי שלו למפרע ואפי' לא גבה כלל וא"כ אם לרבא צריך הרהין משום אחריות אונסין מכש"כ לאביי. — אך נראה דאדרבה היא הנותנת הך גריעותא דגרע לאביי הוי מעליותא — דהנה התורה גזרה ואמרה דכל שקיבל אחריות על חמצו של נכרי עובר ואע"ג דלאו שלו הוי לגמרי מ"מ יש בו קצת קנין של דבר הגורם לממון דהוי כאן בחמץ אף לדידן דלא קיי"ל כר"ש בממון מקרא דלא ימצא. — והשתא נראה דהנה לאביי דהוי עיקר החמץ עד אח"פ זמן פרעון של ישראל ממש לגמרי וא"כ אין קנין של על קנין וא"כ יחול הקנין של גורם לממון עתה בשעה' דהוי כלו של ישראל לגמרי וא"כ נאמר שהישראל יעבור על ב"י משום שיש לו באותו חמץ קנין קצת של גורם לממון וזהו א"א דהא אינו של אותו קנין על הקנין דבלא"ה הוי שלו. ואי אמרת א"כ כשגבאו הנכרי ונעשה שלו מלמפרע אז נמי אגלאי למפרע דישראל קנה אותו החמץ של נכרי בקנין קצת של גורם לממון דהא הי' חייב באחריות אונסין זהו לא אמרינן דהא אח"פ כבר אגלאי למפרע שלא נאנס כלל ולא הי' גורם לממון והא דעובר על חמץ שקיבל אחריות אף דלאח"פ אגלאי למפרע שלא נגנב ולא הי' גורם לממון היינו משום דכל ימות הפסח הי' לו לישראל קנין של גורם לממון שאם יגנב ישלם אבל כאן דלא הי' חל קנין זה בפסח דהא כלו שלו הי' ולאחר הפסח כשנגלה שהי' של נכרי לא אמרינן שנגלה אז נמי מלמפרע שקנה אותו קנין של גורם לממון דהא עתה כשבאת לאסרו מחמת זה כבר נגלה נמי שלא נגנב ולא הי' גורם לממון וזהו סברא ברורה למבין ואמנם כ"ז לאביי משא"כ לרבא דמיד שבא הפסח הרי זה החמץ מיד של נכרי דהישראל הא גומר בדעתו שלא לפרוע לו וגוביינא לא צריך וא"כ הרי זה חמץ של נכרי בפסח וכשלא הרהין ואחריות אונסין על הישראל נמצא חמץ זה של נכרי הוי באחריות ישראל ועבר עליו ואסור אחר פסח ומש"ה צריך הרהינא שיהיה בבית עכו"ם ודו"ק.

והנה

והנה יצא לנו עכ״פ לדעת הרא״ש וכן כתב הרמב״ן ז״ל דצריך הרהין לקנין אלא דהא דלא סגי בשאר קנין משום דא״כ הי׳ צריך לאוקמי שלא באחריות ושכן הותנה שלא יהי׳ חייב לשלם כשיאנס ומש״ה מוקי לה בהרהין דלא איכפת לן תו באחריות דהא הוי בביתו של נכרי או בדיניהם וכמ״ש הפ״ח אבל הבעל המאור ז״ל אינו סובר כן דהוא סובר דטעמו של רבא דמהני מעכשיו משום דבכה״ג מודה הוא לאביי דלמפרע גובה וצריך הרהין כדי שיסמכה ליה הפיקתו דמשום דחשש ליה ואמר נמי מעכשיו מש״ה למפרע הוא גובה. — ולפ״ז לא מהני אם עשה קנין אחר כלל דמה ענין זה לקנין הא לא איירי שמכר לו אלא הלוה לו וא״כ השיעבוד הא חל ע״י מעות שהלוה והוא כשאמר מעכשיו הרי למפרע גובה אלא שצריך הרהין כדי שיהיה תופס בו ואינו מחוסר גוביינא ומודה רבא — והרמב״ן הקשה עליו הא אף שאמר מעכשיו מ״מ עדיין איכא הא דמלוי רבא לסברת אביי כיון דאי בעי הוי מסלק ליה בזוזי השתא הוא דקא קני ליה וא״כ מאי מהני מעכשיו. — ולכאורה קשה הא גם לפי מה שפירש הרמב״ן ז״ל דאמר לו קני מעכשיו נמי קשה הא מ״מ אי בעי מסלק ליה בזוזי וא״כ לא מהני אי אקדיש מלוה או זבין וכיון דכן אמאי אין הישראל עובר הא בהא תליא מילתא דכל שאין שהלוה יכול להקדיש או למכור אינו מציל את הלוה מלעבור עליו בל יראה וכן כ׳ הרמב״ן ז״ל עצמו גבי בע״ח קנה משכון ע״ש וכן כתב עוד בפירושיו לקדושין כדאיתא לקמן אי״ה. — ובאמת כי כן כתוב הפר״ח לתרץ דברי הר״ת ז״ל דמש״ה אוסר בהגיע זמן אח״פ משום דעדיין אי בעי הוי מסלק ליה בזוזי ומש״ה עדיין של ישראל ולא של נכרי ע״ש. — ודלא כמ״ש הש״מ דטעמו של הר״ת משום הוא״ל. — אבל כד דייקינן שפיר נראה שאין זה כלום ול״ק על הרמב״ן ז״ל דהוא ז״ל הא פי׳ דהוי כמוכר בע״מ וא״כ הוי מכירה גמורה שיכול להקדישה ואע״ג דמצי לסלקו בזוזי מ״מ אין זה אלא תנאי בעלמא והוי כמוכר על שאר תנאי בע״מ או מעכשיו דודאי יכול הלוקח להקדיש שאם נתקיים התנאי הוי שלו למפרע וחל ההקדש ואף שאם לא נתקיים התנאי לא חל מ״מ כל שנתקיים חל וא״כ כן נמי כאן דסליקות הזוזי לא הוי אלא תנאי והמכירה הוי מכירה גמורה שאם לא סלקו בזוזי של הקדש מלמפרע דהרי נתקיים התנאי ולכן אין הישראל עובר דהוי של נכרי משא״כ על שיטת הבעל המאור שפיר הקשה הרמב״ן ז״ל דכיון דמטעם שיעבוד אתינן עלה שיהיה גובה למפרע מכח השיעבוד א״כ כמו שאמר רבא בלא מעכשיו דאף דאיכא שיעבוד מ״מ לא מהני ההקדש משום דכל שמצי לסלקו בזוזי לא קני ליה לגמרי עד שיהיה יכול להקדישו דאף דאיכא שיעבוד מ״מ קנין ליכא כן נמי אפילו אמר מעכשיו מ״מ עדיין לא הוי אלא שיעבוד לשיטת בעל המאור ז״ל וא״כ כיון דיכול לסלקו בזוזי לא קני ליה מלמפרע ולא מצי מקדיש. והבעל המאור ז״ל סובר דהא דאמר רבא כיון דמצי לסלק ליה בזוזי לא הוי סברא אלא כשלא אמר מעכשיו ולא שיעבוד לו הוא עצמו כן שיהיה גובה מלמפרע אבל אם הוא עצמו אמר לו שיגבה מעכשיו מהני דהא הוא שיעבוד לו מעכשיו.

ונראה דבהא פליגי, הרמב״ן ז״ל סובר דלא מהני לענין שיעבוד אמירתו כלום דהוא סובר דכל דלא מהני השיעבוד עצמו כן לא מועיל אמירתו יותר. — וכן כתבו התוספות ב״ב דאי שעבידא לאו דאו׳ לא מהני אפילו שעבדן בפירוש דשיעבוד לאו קנין הוי דאין קנין לחצאין וכמ״ש הריטב״א ז״ל סברא זו אבל המאור ז״ל סובר כמ״ש הרשב״א ז״ל בהניזקין והרי״ף דאפי׳ אי שיעבודא לאו דאו׳ מ״מ אם שעבדן בפירוש מהני מה״ת וא״כ הוי שיעבוד כמו קנין וכמו דמהני בקנין מעכשיו כן נמי מהני לענין שיעבוד דכיוה למפרע גובה אם אמר מעכשיו. — וראה זה שלא מצאתי להגאון בעל רי״ט אלגאזי בכורות דף כ״ד שהביא שם בשם דמשק אליעזר דהלכה כרבא שם לענין יוצא שלים והביא ראיה מסך דהכא דקיי״ל כרבא דל״א למפרע גובה וא״כ ל״א אגלאי מילתא למפרע וכתב עליו הגאון רי״ט ז״ל דמכאן אין ראיה דאביי ורבא בהא פליגי אביי סובר דכל משעבד הוי כאומר אם לא אפרע לך תקנה מעכשיו ורבא דלא הוי כאומר מעכשיו אלא כאומר אם לא אפרע תקנה מזמן הפרעון ע״ש. — ודבריו לע״ג דהא תינח לדעת הבעל המאור ז״ל משא״כ לדעת הרמב״ן ז״ל א״א לפרש פלוגתייהו כן דהא הוא ז״ל סובר דאפילו אמר בפי׳ מעכשיו לא מהני לרבא להיות גובה למפרע אם לא בתורת מכירה ממש. — באופן דיש מקום למ״ש הרב דמשק אליעזר לפמ״ש הרמב״ן ז״ל דלפ״ז היינו טעמא דהרמב״ן ז״ל שסובר דלא מהני מעכשיו משום דלא מצי להקדיש או למכור קודם אף דלמפרע גובה מ״מ לא מהני ההקדש דל״א אגלאי מלתא למפרע לענין שיהיה יכול להקדיש למפרע וכמ״ש התוספות גבי חולץ למעוברת ביבמות ר״פ החולץ דלר״ל מש״ה לא מהני החלוצי׳ משום דא״א לידע עתידות ול״א אגלאי מלתא למפרע בדבר שאינו ראוי להתברר עכשיו דא״א לידע עתידות ועיין מל״מ פ״ו מגירושין שהביא כן לענין מקדש על תנאי דע״מ אם יכול לגרשה קודם שנתקיים התנאי וכו׳ דלדעת התוספות אילו לא מהני הגט וכן נמי כאן זהו סברת רבא שאמר כיון דאי בעי מסלק ליה בזוזי והיינו שאין זה עומד להתברר עתה בשעה שהקדיש דהא הוא יכול לסלקו במעות וא״כ אף שלא סלקו לא מהני ההקדש דל״א אגלאי מלתא למפרע. — והא דמהני דאמר ליה קני מעכשיו אף דנמי מצי לסלקו בזוזי הי״ע דכשאמר לו קני מעכשיו מיד קנה לגמרי והתנאי הוי שאם יהיה לו מעות יחזירו לו ומש״ה מהני ההקדש. — וכן כתבתי אני בדיני תנאים שלו דכל ע״מ או מעכשיו הפי׳ דמיד חל אלא דאם לא יתקיים התנאי יתבטל הדבר מלמפרע והם כתבתי דלפ״ז נשמע ספק הש״ש בז״י והבאתי שם שמוכים לסברתו אך כאן ודאי מיירי שכן אמר קני מעכשיו ומש״ה חל הקנין מיד. — ולפ״ז יפה הביא הדמשק אליעזר ראיה דלרבא לא אמרינן אגלאי מילתא למפרע דהא עיקר פלוגתייהו לענין אי חל ההקדש או לו ושאר כ״מ ליכא וא״כ כל דל״א אגלאי מלתא למפרע ולא מהני החלוצה שם לר״ל כן נמי לא מהני לרבא ההקדש אף שנגבה ואגלאי דשלו היתה.

והנה דעת רש״י ז״ל לא ברירא לן דהוא ז״ל לא מצי סבר כשיטת הרמב״ן ז״ל שצריך הרהין משום קנין משום דרש״י ז״ל פוסק כר״ל דמשיכה קונה בישראל מה״ת וא״כ בנכרי מעות קונות וצ״ל קנין אחר וגם משום אחריות נמי לא מצי לפרש דהא רש״י ז״ל סובר דלא כרית לעיל ולא מהני ייחוד לו בית וא״כ גם בבית עכו״ם עובר הישראל שקיבל אחריות וא״כ ממנ״פ אי הותנה שלא באחריות צ״ל הרהינא ואי לא הותנה א״כ מאי מהני הרהינא הא אפי׳ בביתו של נכרי עובר וכן כ׳ הפ״ח בדעת רש״י לעיל דקיבל אחריות אפי׳ בביתו של נכרי עובר ומ״מ הביא הפ״ח כאן לרש״י ג״כ כמ״ש הרא״ש שצריך הרהין משום אחריות וזה צ״ע, ופי׳ אפשר לתרץ ולומר שאם החמץ אצל הנכרי הרי סתמא הוי על אחריותו של נכרי דהרי החמץ אצלו ומיירי שלא הותנו כלום ושאם לא הרהין והחמץ נשאר אצל ישראל אחריותו על הישראל מסתמא ומש״ה נקיט הרהין דמוקי לה בשלא הותנו כלום ומש״ה כ׳ הפ״ח דהא שכ׳ רש״י בגיטין בלא הרהין אסור החמץ ומפקיע מידי שיעבוד מיירי שלא הותנה אלא סתמא ומסתמא כיון שהחמץ אצלו הוי באחריותו ומש״ה אם הרהין מותר ג״כ בסתמא דכל שהחמץ אצלו הוי מסתמא באחריותו:

אלא דמ״מ צ״ל ברור דלרש״י ז״ל ליכא לפרש שצריך הרהין משום אחריות דא״כ קשה צ״ל בסיפא בישראל שהלוה הרהין וכן פרש״י במתני׳ וכן מוכח דבגוונא דמותר ברישא אוסר בסיפא וא״כ צ״ל אם הרהין הא אפי׳ אם יהי׳ בבית נכרי ובאחריות נכרי מ״מ כיון דאמר מעכשיו וקונה הישראל למפרע א״כ הרי הוא עובר ואסור אח״פ — ולעיל כתבנו בדעת הרא״ש דבאמת צריך הרהין משום קנין וכרמב״ן אלא שבחר יותר בהרהין מבשאר קנין כדי שיפעול ג״כ משום אחריות והא ניחא לפי הפוסקים דפסקו כר״י מה״ת מעות קונות ובנכרי משיכה אבל רש״י ז״ל הא פוסק כר״ל וא״כ צ״ל הרהין לקנין ואי נפרש רק משום אחריות לחודא וכמו שנראה מהפ״ח א״כ קשה מסיפא וזה צריך עיון גדול:

והנה הרמב״ן ז״ל כתב בקילור במתק לשונו הטהור דרש״י ז״ל ג״כ פי׳ הסוגי׳ בלא״ל קני מעכשיו הכי וז״ל אבל בריית׳ בלא אמר ליה מעכשיו אלא שהרהין מתלו כו׳ ואמר ליה תהא זה גובה בחובך וכה״ג מכאן ולהבא גובה שהדין כותן שיהי׳ זה מוריד שלשה לשום ויגבה אותו בשום הדיינין בשעתו אין כאן קנין וה״ה נמי אפי׳ אמר מעכשיו אלא דלא שייך מעכשיו לגבי שיעבוד גביה דחוב וה״ק הא דא״ל קני מעכשיו והא דלא א״ל קני מעכשיו כו׳ וכבר נתבאר בפירושו רבינו שלמה ז״ל עכ״ל וכוונתו ז״ל במ״ש דכן פרש״י ז״ל למה שכ׳ רש״י ד״ה לא קשי׳ ברייתא דלא״ל מעכשיו אלא כשאר משכון נתנו לו וקבע לו זמן שאם לא יפרע לו יגבה חובו ממשכונו וישום אותו בדמים עכ״ל: וכשלמדתי רש״י זו עמדתי על כוונתו דמה כלה בזה האריכות כידוע לכל מבין בדברי ובפי׳ רש״י ז״ל שאינו מאריך בשפת יתר אפי׳ בתיבה אחת שלא לצורך ולמה לא כתב בקיצור ברייתא דלא״ל מעכשיו וסגי ועוד דלכאורי׳ נראה מלשונו ז״ל דדוקא כשאמר לו שיגבה חובו ממשכונו וישום אותו בדמים הוא דלא מהני בלא״א מעכשיו אבל אם לא נתן לו כשאר משכון אלא אמר לו שאם לא יפרע לו יהי׳ המשכון שלו בלא שום שומת ב״ד כלל אלא הכל שלך כמו שהוא מותר אפי׳ בלא מעכשיו וזהו א״א לומר כן דהא רבא דוקא במעכשיו מוקי לה להתיר אבל בלא מעכשיו לא ומשמע אפי׳ אם אמר לו אם לא אפרע לך הנעתיך בלא שומת ב״ד מ״מ לא מהני וא״כ מה כלה רש״י ז״ל בזה שכ׳ וישום אותו בדמים ולכך פירש הרמב״ן ז״ל בכוונתו הו״ל מתני׳ בדא״ל קני מעכשיו ובריית׳ בדלא״א ליה קני וכיון דלא אמר לו קני אפי׳ א״ל מעכשיו לא מהני וזה שכ׳ רש״י ז״ל שנתן לו כשאר משכון וישום אותו בדמים ר״ל דבכה״ג אפי׳ מעכשיו לא מהני ובא רש״י ז״ל להורות לנו דהחילוק שמחלק רבא בין מעכשיו ללא מעכשיו הכוונה לחלק בין נתן לו בתורת קנין או בתורת גביי׳ דאם נתן לו בתורת גביי׳ אז אפי׳ אמר לו מעכשיו לא מהני כלום ותורת גביי׳ היינו שנתנו לו כשאר משכון שיגבה לזמן פרעון ע״י שומת ב״ד. אבל לענ״ד לא זכיתי להבין פי׳ הרמב״ן ז״ל בדעת רש״י ז״ל וכמש״ל דרש״י א״א שיפרש כפי׳ הרמב״ן ז״ל דמיירי שא״ל קני מעכשיו דא״כ קשה

צ״ל

צ״ל הרהין דהא א״א לומר בדעת רש״י משום שצריך משיכה דהא הוא סובר כר״ל דמה״ת משיכה קונה וא״כ בנכרי מעות קונות ומשום אחריות נמי א״א לפרש דא״כ למה צריך בסיפא הרהין וצע״ג :

וראיתי בצל״ח שהקשה על רש״י ז״ל במתני׳ שפי׳ דלקמן מוקי לה בהרהין דלא הוי מופקר גוביינא וקשה ממה״נ אי לאביי מפרש הא לא בעי הרהין ואי לרבא הא בעי גם מעכשיו וא״כ פי׳ דלא כאביי ולא כרבא ומסיק דלאביי נמי בעי הרהין ע״ש. דלענ״ד לא אליבא דאביי מפרש רש״י כן דרבא משני׳ ומפרש״י דלא בעי אביי הרהין וכן כ׳ המהרש״א ועוד דמלשון רש״י ז״ל שכ׳ דבעי הרהין שלא תהי׳ מופקר גוביינא וזה אליבא דרבא הוי דלאביי לא הוי הא דמופקר גוביינא שום חסרון — ואשר ע״כ נלענ״ד דהא דכ׳ הרמב״ן ז״ל דלרש״י לא מהני מעכשיו היכא דכתבו כשאר משכון וצריך שומת ב״ד ודאי שכן הוא ודלא כמו שנראה מהבעל המאור ז״ל דאף בכה״ג מהני מעכשיו ומודה רבא אבל מ״מ אינו סובר רש״י ז״ל דמיירי שאמר קני מעכשיו דבכה״ג דהוי מכירה גמורה לא הי׳ צריך לרש״י הרהינא כלל דהא יכול לקנות במעות שנתן דבנכרי מעות קונות אלא דמיירי שלא א״ל קני כלל אלא אמר לו שאם לא אפרע לך הגעתיך מעכשיו דהיינו שתגבהו בטוב אלא שיהי׳ שלך לגמרי כמות שהוא ולא צריך לב״ד ולא לשומא והא דצריך מעכשיו היינו משום דאם ל״א מעכשיו הוי אסמכתא ולא מהני כדפרש״י שם בהזהב דאף במשכון שייך אסמכתא ובנכרי מישראל דל״ק משכון ודאי דשייך אסמכתא וצריך מעכשיו. ובזה א״ש דלא הביא רש״י ז״ל הא דמעכשיו במתני׳ אלא הרהינא משום דכל עיקר ההיתר דמתני׳ הוי הא דהרהין דלא הוי מופקר גוביינא והך דרבא דמכאן ולהבא גובה במופקר גוביינא תליא מילתא וכדאמר ביבמות דף ס״ו גבי איצטלא דמילתא דאמר שם מי לא מודה ר״י דמופקר גוביינא ורבא לטעמי׳ דאמר הקדש וחמץ כו׳ מפקיע מידי שיעבוד וא״כ חזינן דמופקר גוביינא הוי חסרון לרבא ומש״ה כל דלא הוי מופקר גוביינא למפרע גובה אלא שאם כתבו לו כשאר משכון ושאם יבוא הזמן יהי׳ צריך שומת ב״ד א״כ אף שהללו כאן מ״מ עדיין מופקר גוביינא אבל אם אמר לו הגעתיך תו לא הוי מופקר גוביינא ומודה רבא דלמפרע גובה ואף שלא אמר קני וכמשמעות הגמ׳ דלא נקיט רבא שאמר קני אלא מעכשיו וכן לקמן בברייתא דנכרי שהרהין פת פורני לא קתני, אלא הגעתיך מעכשיו ומהני וא״כ כיון דהעיקר הוי הא דהרהינא ומעכשיו צ״ל אלא שלא יהי׳ אסמכתא לא נקיט רש״י ז״ל אלא העיקר שצריך הרהינא. ומש״ה גם בסיפא בישראל שהלוה צריך הרהין דאל״ה לא למפרע גובה, אבל מתני׳ ודאי מיירי שקבל אחריות על הנכרי ואפי׳ יאנס יפטור הישראל ומ״מ לא הוי מכירה אלא הלואה כיון שלא א״ל קני ואשמועינן מתני׳ דרבא מודה בכה״ג למפרע גובה כנ״ל נכון בעה״י :

דין ב.

ישראל שהלוה לנכרי על חמצו.

ישראל שהלוה לנכרי כו׳ אחר הפסח אסור בהנאה, הקשה בט״ז למה כ׳ הטור הדין שייך אחר פסח ולא כ׳ הדין של פסח עצמו שצריך לבערו ותירץ דהוא״ל וכבר כ׳ דין של קבלת אחריות על חמץ של נכרי וא״כ דין זה הוי ק״ו מה התם שאין שום צד שיהי׳ של ישראל לגמרי עובר מכש״כ כאן שאם לא יפדה הנכרי יהי׳ לגמרי של ישראל ודאי עובר ע״ש — וא״כ להט״ז לאו משום ספק בל יראה איכא אלא ודאי בל יראה כמו בקבלת אחריות, וע״ז חולק המ״א וכ׳ שא״צ לבערו כלל משום שמא יפדנו — ואבאר כל אחד מהשיטות עד מקום שידי מגעת בע״ה — והנה לכאו׳ כפי הפשוט אין לדברי המ״א שום הבנה דכי משום שמא יפדנו לא יעבור בפסח כלום ולא יהי׳ הצורך לבערו כלל הא עכ״פ מספיקא צריך לבער, והי׳ אפשר לבאר כוונתו דכיון שהחמץ הוא של נכרי מוקמינן ליה אחזקתו שיפדנו ויהא כן של נכרי כמו שהי׳, אלא דז״א דהוי כשמא ימות וחיישינן דעכ״פ שמא לא יפדנו איכא למיחש, ועוד דהא איכא ק״ו של הט״ז שהוא ק״ו וסברא טובה דודאי עובר וצריך לבער ודאי לא מספק — וביד אפרים כתב בטעמו של המ״א שיש בידו למחול על תנאו אח״פ ולומר הריני כאילו התקבלתי ע״ש, אבל בזה עדיין לא הוכח דהא צריך להחזיר לו המשכון וא״כ יפסיד כל החוב, ובא המקו״ח ז״ל ונתן עצה נכונה וה״א שהוא יכול לגבות לו אח״פ כדי חובו מהחמץ ועל השאר יאמר הריני כאילו התקבלתי ע״ש שלכונו לומר בזה דהא התנאי הי׳ לטובת המלוה שאם לא יפרע יהי׳ החמץ כלו של המלוה והלוה קנס עצמו בזה וא״כ אח״פ ימחול המלוה התנאי זה שיהי׳ כלו מכור לו ואמנם ההלוואה נשארת כמו בלא תנאי וא״כ יכול לגבות לו מן החמץ את שלוה ואז אינו עובר דהא אינו עובר אלא אם רוצה לקיים התנאי ויחזיק לו החמץ כלו ואז הוי למפרע אבל כשמחל תנאי זה הוא גובה ואינו עובר כלום, וזהו באמת עצה נכונה מאוד עד דלפ״ז קשה מאוד על הט״ז דהא הוי בידו שלא לעבור וא״כ ליכא שום ק״ו, עוד קשה לי מאוד על הט״ז שהיה פירש כן על הטור וכ׳ דמש״ה לא הביא הטור הדין של פסח עצמו משום שכבר כ׳ שמן שקיבל עליו אחריות וקשה מאוד הא הטור כ׳ היפך מזה שהוא כ׳ בישראל שהלוה לנכרי דוקא כשלא פרע הנכרי אח״פ אסור בהנאה ומשמע משום אגלאי מילתא למפרע אבל אם פרע הנכרי אח״פ מותר ולפמ״ש הט״ז הא כבר עבר בפסח בל יראה ודאי כמו חמץ שקיבל עליו אחריות וא״כ אפי׳ פדה הנכרי יהי׳ אסור וזה צע״ג, עוד קשה לי על הט״ז ממה שתירצו התוס׳ דלאביי מיירי שפדאו הנכרי ומש״ה מותר וקשה הא מ״מ כבר עבר בפסח לדעת הט״ז וכן כ׳ התוס׳ לקמן בנכרי שהרהין לאביי וצע״ג, והי׳ אפשר ליישב דסובר הט״ז לאביי לא חיישינן להכי לפמ״ש הש״ך סי׳ ע״ד ס״ק י״ט שאין הלוה יכול לכוף את המלוה שיחזיק לו המשכון ואדרבה המלוה יכול לכוף את הלוה שיפרע לו ממ״א וא״כ הא לאביי לא הוי למפרע שלו אלא אם גבהו לבסוף וא״כ יש בידו שלא לעבור דכשיבוא זמן פרעון ימכור את החמץ ע״י הב״ד כדי להגבות לו חובו ולא יגביהו לבסוף ולא יהי׳ שלו מלמפרע והרי לא עבר וכיון שיש בידו שלא לעבור א״כ תו ליכא ק״ו ומותר כשפדה הנכרי לבסוף, ולא כ׳ הט״ז דין שלו אלא לרבא דמיירי שאמר קני מעכשיו וסובר הט״ז דבכה״ג אם לא פרע הא מ״ד של ישראל בלי גביה כלל:

אלא דא״כ הא גם באומר קני מעכשיו הא הוי ג״כ בידו למחול התנאי וכמ״ש המקו״ח סוף סוף שדברי הט״ז צריכים עיון גדול ליישבם. — ואין בידינו ליישבם אלא לשיטתו של בעל המאור ז״ל דלרבא הי״ע דמהני מעכשיו משום דבכה״ג מודה רבא לאביי דלמפרע גובה. — והנה כן כתב הבעל המאור ז״ל דברייתא דהרהין ודאי דלא כאביי דמוכח שצריך מעכשיו ע״ש ולכאורה תמוה דהא התוס׳ תירצו דאביי מפרש ברייתא שפדאו וסיפא דאמר לו הגעתיך שאינו רוצה לפדותו וא״כ אמאי לא ערה המאור ז״ל בתירוץ זה. ועוד הא לעיל בברייתא הוא עצמו מתרץ לה כמ״ש התוס׳ דמיירי לאביי שפדאו וכאן נדחק מאוד לאביי ולא רצה לתרץ כן. — ונראה שזה כוונתו בשלמא ברייתא דלעיל דקתני בה אח״פ יש לתרץ כן ואף שבאמת נדחק שם המאור ז״ל בזה דלמה נקיט הברייתא לאחר פסח ולמה לא נקיט עובר ואינו עובר בפסח גופא וע״ש. שנדחק לתרץ קושיא זו לאביי וא״כ ברייתא זו דנכרי שהרהין דקתני שהם עובר ולא קתני בה אחר פסח איך נדחק אכן וכיצא דעובר אחר פסח קאמר ויותר נראה בפשוטה דעובר בפסח קאמר וא״כ ליתא כאן לתירוץ ז״ל התוס׳ דלאביי מיירי שפדאו אחר פסח דמ״מ אמאי אינו עובר בפסח עצמו שמא לא יפדנו הנכרי אח״פ וזהו כוונת הבעל המאור ברור דמזה מוכח כרבא דו״ק בלשונו ותמצא כן.

והנה רש״י ז״ל פי׳ ג״כ שם ד״ה אינו עובר בפסח וכן ד״ה הגעתיך כתב ג״כ שמא כשיגיע לא יפרע וא״כ עובר בפסח וזהו כפי׳ בעל המאור ודלא כתוספות דלאביי מיירי שפדאו דהא עובר ואינו עובר על פסח עצמו קאמר. — ובזה ניחא מה שהקשו המפרשים על הא דאמר רבא ומנא תימרא וקשה מאי אולמא הך ברייתא מהא דלעיל. וניחא השתא דלעיל דקתני בה אחר פסח אינו מוכח כ״כ כרבא דלאביי מוקי לה שפדאו באמת וא״כ לא מוכח לחלק בין מעכשיו אבל בהך דהכא דלא נקיט בה אחר פסח וא״כ ודאי בפסח גופא קאמר ע״כ דיש חילוק בין מעכשיו ללא מעכשיו. דאל״כ קשה כיצא אמאי אינו עובר בפסח מ״ד הא שמא לא יפדנו. — ומזה מוכח דרש״י סובר כבעל המאור דמעכשיו מהני משום דלמפרע גובה גם לרבא במעכשיו ולא משום שאמר קני דאי משום שאמר קני וכרמב״ן דהוי תנאי והוי מכירה א״כ אמאי פרש״י עובר בפסח שמא לא יפדנו הא יש בידו למחול על תנאו וישאר שהלוואה וא״כ למה עובר בפסח קודם זמן פרעון א״ו כפי׳ בעל המאור לגמרי ס״ל לרש״י ולפי שיטה זו יתכן סברת הט״ז ג״כ דכיון דלאו תנאי איכא א״כ אין בידו למחול התנאי אלא כשיגבה מחמץ זה וכשאמר הגעתיך עובר בודאי דהא אין לו לגבות ממ״א וכמלא גובה מלמפרע ולכך איכא הש״כ ק״ו מחמץ באחריות ודו״ק. — והנה בדגול מרבבה השיג גם על המ״א דמרש״י על הברייתא דנכרי שהרהין לא משמע כמ״א. — וכוונתו על פרש״י שהבאתי שפי׳ עובר ואינו עובר בפסח עצמו וזהו דלא כמ״א. — אלא דלפי מה שבארתי א״כ רש״י סובר כבעל המאור דלאו משום קני אומר רבא אלא משום שהוא מודה לאביי וא״כ לרש״י ודאי דלא כ׳ המ״א כן אבל לפי מה דקי״ל בש״ע דמיירי שאמר לו קני מעכשיו וא״כ הטעם של קני הוי משום דהוי כמכירה משום התנאי וא״כ הא יש בידו למחול התנאי ומ״מ יגבה חובו וכמ״ש המקו״ח ולפ״ז שפיר כ׳ המ״א דאינו עובר בפסח דשמא יפדנו וזה ברור.

והנה במח״א סכ״ב מח״א הקשה על רש״י שהוא סותר א״ע דבברייתא דנכרי שהרהין פי׳ עובר בפסח שמא לא יפדנו ובמתני׳ פי׳ ישראל שהלוה דוקא בלא פרע הנכרי אסור משום אגלאי מילתא אבל פרע מותר והביאו בש״ע — ולענ״ד הא לא על רש״י תלונתו דרש״י ז״ל הא פי׳ המשנה כאשר היא דמדקדק כדינו הקדום הך סיפא עם הרישא ע״כ במלא גוונא מיירי ובאותו האופן דרישא נכרי שהלוה לישראל מותר באותו אופן עצמו בישראל שהלוה אסור וא״כ הא מיירי מתני׳ אחר פסח ומשום אגלאי למפרע — וכן כ׳ הבעל המאור דמוכח ממתני׳

ממתני' דהתנא סובר כת"ק דר"מ דישראל לא קני משכון דהא דומי' דכיסא מיירי ובאמר מעכשיו וא"כ ע"כ לא קני משכון דלר"מ נ"ל מעכשיו ע"ש וא"כ סובר המאור גם כן דע"כ גוונא דעיסה כגוונא דכיסא מיירי והדין עמו דאי לאו בגוונא חדא מיירי איך תני להו בהדי הדדי וא"כ לא על רש"י קשה דהוא פירוש כאשר מלא במתני' ובברייתא דלא קתני אלא עובר ואינו עובר ולא קתני אח"פ פירשו בפסח — אלא דמ"מ ודאי קשה הסתירה שבמשנה ובברייתא דממשנה מוכח דוקא כשלא פדאו אבל פדאו לא עבר בפסח דהא מש"ה מותר אח"פ ובברייתא קתני עובר בפסח וא"כ הי' הדין שיאסר אח"כ בכל אופן:

וע"ד הידור קצת יש לי ליישב הסתירה דהנה הספק דילמא לא יפדנו הנכרי לא הי' כאן שום קושי' דאף דנאמר שהוא עובר בפסח מספק וצריך לבערו מ"מ אם לא ביערו ואחר פסח פדה הנכרי באופן דאגלאי מילתא שלא עבר י"ל דלא אסרו חז"ל בהנאה ולא מטעם שכ' בשעה"מ משום שהוא חמץ של נכרי ולא קנסו אותו. שזו שיטת חק יעקב מירושלמי והרבה חולקין עליו אבל פשוט י"ל שלא קנסו רבנן אלא בנשאר בלאו של בל יראה אף אחר פסח ולא נתקן הלאו שכבר עבר אבל אם פדה ונתקן הלאו ולא עבר למפרע לא קנסו — אלא דיש כאן איסור משום ק"ו של הע"ז שהרי עבר בפסח על בל יראה ודאי כמו בקבלת אחריות ולא נתקן הלאו — ונראה דלכאו' יש לדחות ק"ו של הע"ז והוא בהקדים סברת התורה במה שאמרה שמשום שאם יגנב או יאבד חייב לשלם הוי כשלו ועובר והיא לכאו' גזה"כ בלי טעם דהא אפי' אם ישלם בשביל שלא שמרו כראוי מ"מ אמאי הוי שלו מש"ה, אך נראה למשל אם יזיק או יגנוב ממנו אחר אותו חמץ שמונח אצלו בקבלת אחריות אזי אינו יכול הגנב או המזיק לומר לו שאתה לאו בע"ד דידי את שאין החמץ שלך ואין אני חייב לשלם לך דהא זה שקיבל אחריות יאמר לו כיון שבעל החמץ עלי דידי יבוא שהרי אני חייב באחריותו א"כ גם אתה לי אתה חייב לשלם ובעל דבר דידך אני ומש"ה הוי באמת שלו קצת דהא הוא הבעל דבר של המזיק או הגנב וא"כ לפ"ז בגוונא דידן ליכא הך סברא דהא כאן מיירי שהותנה הישראל עם הנכרי שלא יהי' חייב בשום אחריות ואפי' יאבד בפשיעה ישלם לו הנכרי חובו דאל"כ פשוט אסור משום אחריות אלא ודאי שכן הותנה וא"כ אם יזיק או יגנוב ממנו החמץ ודאי שיאמר לו המזיק את לאו בע"ד דידי את שהרי החמץ אינו שלך וגם אין אתה חייב באחריותו כלל ולפ"ז נפל ק"ו של הע"ז דליכא דאדרבה מי שמע שיהי' הספק של אדם ואין יכול לתבוע את המזיק שאינו בעל דבר שלו ואין זה דומה לחמץ שקיבל אחריות — ואמנם הא תינח לר"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון ואם קיבל אחריות הוי שלו עד שהגונב ממנו ה"ל איהו בע"ד שלו יש להסביר כן סברת התורה ומעילא ליכא כאן ק"ו משא"כ לרבנן דהם סוברים גורם לממון לאו כממון דמי וא"כ לדידהו אף שחייב באחריות מ"מ אין המזיק חייב לשלם לו דלאו כממונו דמי וכדאמרי' בשורף חמץ מגזלן אחר פסח דפטור לרבנן לשלם לגזלן אף שגרם לו הפסד מ"מ כיון דלא הוי רק גורם לממון ולאו כממון דמי אין המזיק חייב לו כלום וכן נמי כשקיבל אחריות שאין המזיק חייב לשלם לו א"כ לא הוי זו סברת התורה אלא כפשוטו משום כשיגנוב ילטרך הוא לשלם יהי' שלו קצת א"כ ודאי איכא סברת הע"ז דיש כאן ק"ו דאם לא יפדה הנכרי יהי' לגמרי שלו. ומעתה נאמר דמתני' דידן דאתי' כר"ש לענין חמץ שאח"פ שאינו אוסר בהנאה רק בשל ישראל וי"ל דהוי לגמרי כר"ש גם בדבר הגורם לממון כממון וא"כ ליכא ק"ו של הע"ז ומש"ה דוקא בגוונא דכיסא דהיינו שלא פדאו הנכרי אסור בהנאה אבל פדאו מותר משא"כ בברייתא דאתי כר"י דמש"ה לא נקיט לאח"פ דלאח"פ אפי' של נכרי אסור בהנאה אלא נקיט בפסח והוא סובר כר"י לגמרי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי וא"כ איכא ק"ו של הע"ז ועובר אפי' אם פדאו אח"כ — ואפשר לומר שמזה הטעם פסק הראב"ד הביאו הבעה"מ כר"ש בדבר הגורם לממון כנגד רבנן משום דהי' קשה לו למה סתם כאן רבי סיפא זו דוקא דומי' דכיסא בלא פדאו הא אפי' פדאו נמי אסור בהנאה דהא כבר עבר בפסח משום ק"ו של הע"ז אלא ודאי דסובר כר"ש דבר הגורם לממון כממון וליכא ק"ו כאמור ודו"ק כי היא נעים:

והנה הר"מ ז"ל סובר דנכרי שהלוה מיירי בהגיע זמן פרעון קודם פסח ועיין בשס"מ ור"ן בטעמו וכן כ' האחרונים ז"ל טעמים בדעת הר"מ אבל לא כתבו מהיכא יצא לו להר"מ ז"ל לכתוב מן הפשיטות דמתני' דכולא דמיירי בהגיע זמן אח"פ אבל לפי הנ"ל נ"ל שיצא לו כן מהא דסתם רבי סיפא דמתני' ישראל שהלוה דהוי דוקא דומי' דכיסא בשרהין ומעכשיו והלוה לא פדאו והי' קשה להר"מ כיון דע"כ הוי דומי' דכיסא וא"כ ע"כ כשלא פדאו והא אפי' פדאו מ"מ הי' כבר עבר בפסח ק"ו מאחריות כמ"ש הע"ז וא"כ איך סתם רבינו הך סיפא דומי' דכיסא א"ו ע"כ דכל המשנה מיירי הגעת זמן ק"פ ובכה"ג הוי סיפא כמי דוקא דומי' דכיסא דשרהין ואמר מעכשיו דבהגיע הזמן ולא פרע נשאר החמץ של ישראל ולא הוי אסמכתא משא"כ אם אסר אחת מאילו אינו עובר בישראל שהלוה דהא הוי של נכרי והישראל אינו חייב באחריותו דכן הותנה — ובזה נ"ל ליישב הא דהקשה השס"מ אמאי לא הביא הר"מ הסיפא ישראל שהלוה וכו' הוא ז"ל דהר"מ סובר כר"מ ישראל קונה משכון וא"כ חייב באחריות וכבר כ' דין אחריות וזהו דוחק גדול דמ"מ הי' לו להר"מ ז"ל להביאו דיש כאן כ"מ וכמו שיתבאר לקמן א"ה אבל לפמ"ש א"ש מאוד דלכאו' קשה על המשנה ל"ל הך סיפא מה להתיר גבי נכרי שהלוה לישראל מהכי הני טעמי דהרהינא ומעכשיו מכש"כ דבישראל שהלוה באופן זה דודאי אסור וא"כ מדקתני רישא להתיר הנא ידענא דבישראל שהלוה בכה"ג ודאי אסור אלא דלק"מ דאם לא היה כתב רבי במשנה הך סיפא ה"א דישראל שהלוה אסור אפי' בלא מעכשיו משום דס"ל כר"מ דישראל מנכרי קונה משכון ולכך כתבה רבי הסיפא דומי' דכיסא כדי שנדע דוקא בגונא דכיסא עובר ואסור. — וא"כ לק"מ על הר"מ ז"ל כשהביא בנכרי שהלוה דמותר בהרהין ומעכשיו וק"פ וא"כ ל"ל ליכתוב תו בישראל שהלוה דבכה"ג אסור הא כש"כ וכש"כ הוי דבישראל ודאי אסור אם בנכרי שהלוה מותר בכה"ג מכש"כ דמהני לאיסור, ועוד יותר דרבי לא כתב לסיפא אלא כדי שנדע דבהגיע זמן ק"פ מיירי גם כיסא דכיון שצריך להיות בגוונא דכיסא וא"כ אי אח"פ למה צריך להיות שלא פרע הנכרי אפי' פרע כמי הא כבר עבר א"ו ק"פ וא"כ כיון שהר"מ ז"ל כ' בפירוש דמיירי קודם פסח למה לו ליכתוב הסיפא הא בגוונא זו אסור בישראל שהלוה, וגם לא הי' צריך להביא בישראל שהלוה שגם אחר פסח אסור בזה פשוט מאחריות וכמ"ש הע"ז ודו"ק:

דין ג.

בע"ח קונה משכון.

כבר הבאתי לעיל הא דכי השס"מ בדעת הר"מ ז"ל דמש"ה לא הביא הך סיפא דישראל שהלוה לנכרי משום דהוא סובר כסתם מתני' ישראל קונה משכון מנכרי כמו מישראל וא"כ הא הוי באחריות וכבר כ הר"מ ישראל שקיבל אחריות עובר — טרם נבוא לדברי הר"מ ז"ל נדבר מהא דר"י דאמר בע"ח קונה משכון ואמרינן בשבועות וב"מ דאימר אר"י שלא בשעת הלוואתו אבל בשעת הלוואה לא והקשו הראשו' מהא דגיטין פ' השולח בשמיטה דהמלוה על המשכון אינו משמט משום דר"י וכן הא דקדושין במקדש במשכון דאסרים מהא דר"י וכן בפסחים דאמר ישראל שהלוה לנכרי על חמצו אינו עובר משום ר"מ אמרו עובר ופסקי' משום דר"י ובכולם הא נאמר שהלוה על משכון וא"כ מיירי בשעת הלוואה ומ"מ אמרי' דקונה מדר"י ובש"כ ח"מ סי' ע"ב השפלא על קו' הראשו' מפסחים דהא כאן לא נקיט ישראל שהלוה על המשכון אלא שהלוה על חמצו וא"כ כן יש לפרשו שישעבוד לו את החמץ בשעת הלוואה ואח"כ הרהינו אצלו והא ראיה דבהגה"ה הר"ל דפליגי בהא דאביי ורבא אי למפרע גובה וס"ד דבלא הרהינא איירי אלא שיעבד לו החמץ כדפרש"י וא"כ היאך מתירין לו להס"ד הלשון על חמצו א"ו משום שיעבד לו החמץ מיקרי שפיר על חמצו וא"כ אח"כ כשמוקי לה בהרהין י"ל שהרהין לו אח"כ אחר שיעבד לו וע"ש שתמה על הראשונים שהרעישו עולם מהא דפסחים והדברים מוכרחים כמ"ש ע"ש. — ולענ"ד נראה דלא לחנם הרעישו עולם דודאי אף דלהס"ד מיירי שיעבד לו ומ"מ שייך לומר על חמצו אבל לפי המסקנה ע"כ מיירי בשעת הלוואה ולא משום על חמצו דנקיט אלא דאל"ה קשה מאוד מה שהקשה בשעה"מ דהא כאן ע"כ מיירי שהותנה בפי' שלא יהי' חייב הישראל בשום אחריות אפי' של פשיעה לפי' הסוברים דאפי' על אחריות פשיעה עובר דאל"ה א"כ איך סובר ת"ק דאינו עובר דל קנין של ר"י מסברא הא מ"מ עובר משום קבלת אחריות א"ו דמיירי שאינו חייב באחריות דהיינו שהותנה כן בפירוש דאל"ה הא בסתמא לרש"י ז"ל חייב באחריות של פשיעה כמ"ש הר"ן וכיון שכן איך אמר ר"מ דעובר משום דר"י הא כיון שהותנה שאינו חייב באחריות ואינו עומד בשמירתו דר"י נמי ליתא דקרא דלך תהי' צדקה לא מיירי באינו חייב בשום שמירה וע"ש שהביא ראיות לדבריו דכל היכא שאינו עומד באחריותו לא אמר ר"י בע"ח קונה משכון וזהו קו' גדולה — דמה שתי' שם בשעה"מ אינו עולה אלא לדעת הח"י דבעל חמץ שקיבל אחריות לא קנים ר"ם ומותר בהנאה והמ"ח ושאר פוסקים אינם מודים לדין זה — ולמוטב הקושי' א"א לתרץ אלא דכאן מיירי שהי' אותו החמץ קודם שהלוה בבית הישראל והישראל הותנה עמו שלא יהי' חייב בשום אחריות אפי' פשיעה ואח"כ הלוה הישראל לנכרי על אותו חמץ שבביתו מכבר מעות ופליגי בהא דת"ק סובר אינו קונה משכון ונשאר החמץ כמקדם בלא אחריות שהרי הותנה כן ור"מ סובר קונה משכון וא"כ אף דקודם שהלוה הי' אצלו שלא באחריות מ"מ עתה שהלוה עליו ולא הותנה מחדש כלום אזי קנה המשכון בהלוואה ומעתה עומד בשמירתו ואחריותו, ולק"מ קו' השעה"מ ודו"ק. וכיון שכן שפיר הקשו הראשונים ואחר שעיקר קושייתם על רש"י ז"ל כאשר יתבאר וא"כ רש"י הא סובר דסתם הוי אחריות פשיעה וא"כ הא מוכח דלפי מה דמוקי לה בהרהין ופליגי בקונה משכון דע"כ הי' החמץ קודם שהלוה אצל ישראל וכמ"ש וא"כ הא בשעת הלוואה לא אר"י קונה משכון — בשלמא לס"ד דמיירי דהחמץ בבית נכרי ודאי דשייך לומר על חמצו

בהא ששיעבדו אבל למסקנא ע"כ איירי שהי' כבר בבית של ישראל דאל"כ קשה קו' הטעס"מ ודו"ק בכ"ז:

והנה בכל שאר הקושי' שהקשו התוס' הי' דכיון דלר"י קונה שלא בשעת הלואה להיות שלו גם בשעת הלואה אלים שיעבודא דלא משעבד וכן בקדו' אבל בהך דכאן נדחקו מאוד דקשה אהא דאמר נכרי שהלוה לישראל עובר משום דלא קני משמע אבל אם הי' קונה לא הי' הישראל עובר וע"ז ודאי קשה הא שלא בשעת הלואה הוא דקונה אבל בשעת הלואה לא ואי דאלים שיעבודיה הא מ"מ רק שיעבוד הוי והגוף של ישראל וא"כ איך מהני אותו השיעבוד להקל שלא יעבור הישראל והתוס' בשבועות כ' דלא מיקרי ימצא לך ע"ש. — ואמנם הרמב"ן ז"ל כ' בקדושין דלפי הנראה מסוגי' דפסחים דמשכון דתפיס ליה המלוה ברשותו אם לא פדאו בזמנו והוחלט המשכון בב"ד למפרע הוא גובה ואי זבין או אקדיש מלוה משעת הרהין שפיר אקדיש ואי זבין לוה לאו כלום הוא וכולה מדר"י עכ"ל. — ונראה דמכאן הוכיח כן דאל"כ קשה איך לא יעבור הישראל אי נכרי קונה משכון, ולכאו' קשה דהא הרמב"ן ז"ל הוא סובר דהא דר"י בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה והא דאמרי' בב"מ ובשבועות אימר דאר"י שלא בשע"ה רק דכך דחוי בעלמא אמר כן וא"כ הא אי קונה נכרי מישראל גם בשעת הלואה קונה ולק"מ וממילא דלא מוכח מידי. אך נראה דאדרבה לשיטתו כתב כן הרמב"ן ז"ל ולאו משום קו' התוס' דזו לק"מ לפי דעתו ז"ל אלא דהיה קשה לו דאפי' אי קונה משכון מ"מ הא לא קני לגמרי עד שיהי' שלו ממש ולא של לוה דלא קני אלא להיות ש"ש עליו ולקדש בו את האשה וא"כ כיון דלא קנהו לגמרי עדיין קשה אמאי אינו עובר הישראל אפי' קונה הנכרי גם בשע"ה מ"מ מה מהני קנין זה להוציא מיד הישראל שהוא שלו, ועוד יותר דגם לענין קדושין כי גם דלא מהני אם לא הוחלט אללו וא"כ גם כאן לענין בל יראה דלפי הנראה מהא דהביא כאן פלוגתא דאביי ורבא דלמפרע הוא גובה ואי אקדיש מלוה אי הוי הקדש דלאביי הוי הקדש ואמר בגמ' על מתני' בשלמא לאביי ניחא ולרבא קשה וא"כ משמע דלאו בשעבוד לחוד תלי' מילתא להתיר כשהחמץ משעובד אצל נכרי אלא בהא אי הי' הנכרי יכול להקדישו או לזבוני וא"כ מאי מהני מה שהנכרי היה קונה משכון הא אין הבע"ח יכול להקדיש או למכור את המשכון אף דקנה מדר"י וא"כ אמאי אינו עובר וכן לענין קדושין נמי איך מקודשת הא אין המשכון שלו כ"כ שיכול למכרו וא"כ מקדשה בדבר שאינו שלו למכור — ועל שניהם מתרץ הרמב"ן ז"ל דמיירי שלא פדאו והוחלט ובהא מודה רבא דלמפרע גובה וכן כ' הבעל המאור ז"ל כאן בסוגי' והשכים הרמב"ן — ואמנם לסברא זו לא השכים הרמב"ן ז"ל אלא לשיטתו שהוא סובר דבע"ח קונה משכון גם בשעת הלואה מדר"י וכיון דקונה אמרי' שפיר למפרע גובה דהוי כמו דאמר קני מעכשיו אבל אי לא היה קונה בשעת הלואה לא הי' זו סברא לדעתו ז"ל וכן כ' במלחמות בסוגין אבל המאור ז"ל נראה לו סברא זו אפי' לשיטתו דהא דר"י ליתא אלא שלא בשעת הלואה מ"מ כיון דקונה שלא בשע"ה לגמרי ואפי' פדאו קונה מהני ליה אפי' בשע"ה לענין זה שאם הוחלט למפרע גובה וע"ש:

והנה לפ"ז ע"כ מיירי כאן שלא פדאו אלא שהוחלט וקשה לאביי דהא הוא לא מצי לאוקמי אלא בפדאו דאי לא פדאו א"כ ניחא אמאי אינו עובר כיון דלא קני משכון מ"מ הא למפרע גובה, וזה שכתב הבעל המאור ז"ל דלאביי כיון שהוא דלא כהלכתא מוקמינן ליה דהוא סובר הא דר"י בע"ח קונה משכון אפי' בשעת הלואה ומוקי לה כאן בפדאו אבל רבא לא מוקי כן כיון דהוא כהלכתא ואנן קיי"ל דהא דר"י לא הוי אלא שלא בשע"ה ולהרמב"ן ז"ל לא ניחא אפי' כשנדחק לאביי דהא להרמב"ן ז"ל אנן נמי סוברין דר"י אפי' בשעת הלואה ומ"מ קשה ליה דהא דקני למשכון אינו מוציאו את הישראל שלא יעבור וא"כ לאביי קשה אלא דהרמב"ן ז"ל מסיק דלפי המסקנא גם אביי מודה לרבא במטלטלין דמכאן ולהבא ולא פליגי אלא בקרקע וע"ש במלחמות. —

ולשיטתו של רש"י ז"ל כלענ"ד דלק"מ וא"ש הסוגי' דלפי הנראה אינו סובר רש"י ז"ל כרמב"ן דאף למסקנא נראה דלאביי לא מיירי בהרהינא וא"כ אף במטלטלין פליגי והי' קשה לאביי הא דנכרי שהלוה לישראל עובר משום דל"ק משכון ומשמע דאם הי' קונה אינו עובר וא"כ זהו קשה מתניתי אהא דר"י ל"א אלא שלא בשע"ה ועוד דאפי' קונה גם בשע"ה מ"מ הוי של ישראל עדיין לעבור עליו — עוד קשה מאוד הא אפי' אי קונה משכון מ"מ הלוה חייב באונסין לשיטת של הרמב"ן ז"ל דאם קונה אינו עליו אלא ש"ש וחיוב אונסין על הלוה וא"כ עדיין הוי באחריות של ישראל ולשיטת רש"י אין לומר כמו שתי' המ"א דהוי כמקבל אחריו' על חמץ של נכרי בביתו של נכרי דרש"י ז"ל סובר לעיל דלא מהני ייחוד לו בית וא"כ לא מהני אף ביתו של עכו"ם ועובר וכ"כ הפר"ח בשמו:

אשר מכל זה נראה ראיי' ברורה לשיטת רש"י ז"ל דקונה משכון לכל מילי ולהתחייב באונסין ועם זה לק"מ — דרש"י ז"ל פי' דהא דר"י לאו גזה"כ לגמרי בלי שום סברא אלא דהא שכתבה התורה דבע"ח קונה משכון ה"ט משום דשלא בשעת הלואה וע"פ ב"ד ודאי לגוביינא נקטה וכיון דלגוביינא איכא סברא גדולה שהוא קונה אותו לכל מילי ולהתחייב באונסין דהא הוי תמורת החוב וממילא שאם לא מהדר ליה משכונו ישקיל החוב וכן פי' רש"י ז"ל שם בשבועות בהא דשואל כמו שיתבאר לקמן אי"ה — אבל בשעת הלואה סתמא דמילתא לאו לגוביינא שקליה ומש"ה אמר שם אימר דאמר ר"י שלא בשע"ה דודאי לגוביינא אבל בשע"ה דליכא הוכחה דנקט לגוביינא לא אמר שיקנה ושיתחייב באונסין ואפשר דאפי' ש"ש לא הוי כיון דלא נקט לגוביינא — וכן קיי"ל כדחוי זו דלא אמר ר"י אלא שלא בשע"ה ודלא כהרמב"ן ז"ל אבל עכ"פ מוכח מהא דר"י שאם פירש ואמר דנקיט המשכון לגוביינא נמי חייב באונסין וקנה לכל מילי כמו שלא בשעת הלואה דמ"ש כיון דהכן לא מפרשינן הך דר"י בגזה"כ בלי סברא אלא בסברא דכל לגוביינא קנה וא"כ כל דפירש דנקיט לגוביינא איתא דר"י — וממילא דלק"מ מכאן דהא כאן מיירי שנקט לגוביינא דאף קודם דמוקמינן לה בהרהין בשס"ד הוי הפי' שהלוה על חמצו היינו שאמר לו אם לא אפרע לך בא לביתי וגבה מחמץ זה וא"כ כשמוקי לה בהרהין נמי בכה"ג מיירי שאמר לו תגבה מחמץ זה וכן פרש"י בפי' בד"ה לא קשי' הבאתיו לעיל כאן ברייתא דל"א מעכשיו אלא כשאר משכון שאם לא יפרע לו יגבה ממשכונו ע"כ ונראה בזה דעכ"פ נקטיה בפירוש לגבות ממנו חובו וכיון דלגוביינא נקטה אמן דס"ל ישראל מנכרי קונה משכון לכל גם בשעת הלואה וכן נמי ל"ק הא אפי' קונה מ"מ של לוה הוי דהא לא מצי זבין וא"כ נכרי מישראל אי נמי הוי קני אמאי אין הישראל עובר, לשיטה זו לק"מ דכיון דקנה משכון לכל מילי ולהתחייב באונסין ודאי דהוי כולו של מלוה כל ימות ההלואה לגמרי — וכן נמי הא דמקדש במשכון דאחרים נמי מיירי שנקיט לה בפירוש לגוביינא וכן הא דשמיטה ודאי מיירי כן דהא אי לא נקיט אלא לזכרון דברים ודאי דמשמט אבל מיירי שפירש לגוביינא ומש"ה לא משמט מדר"י אף בשעת הלואה והא דקתני בב"מ הלוהו על המשכון ש"ש מיירי שהלוה סתם ולא פירש לגוביינא וקמ"ל מתני' דמ"מ הוי ש"ש משום פרוטה דר"י לר"ע דסובר כן ואתיא מתני' כוותי' — ולענ"ד זהו השיטה הנכונה מאוד ואין צריך לדחוק כמו שדחקו התוס' לומר דמשום דקני שלא בשע"ה בשע"ה ג"כ אלים שיעבודה וכן דחק הש"ך והלך לשיטתו של רש"י ז"ל ג"כ בזה הדרך אבל לפמ"ש א"ש מאוד דכל דלגוביינא קני מדר"י בשעת הלואה כמו שלא בשעת הלואה דמה שנא:

והנה אף דנכרי מישראל כ"ע מודי דל"ק משכון וא"כ אין כאן לכאורה שום נ"מ מבע"ח קונה משכון אבל מ"מ איכא נ"מ בישראל שהלוה לישראל על חמצו והרהין אצלו אי עובר הלוה או לא דהא קיי"ל במפקיד אצל ישראל וקיבל הנפקד אחריות מ"מ עובר אף המפקיד אבל בהלואה נראה דתלוי בהא דלהרמב"ן ז"ל הסובר דהא דאמרי' אי הוי הנכרי קונה לא הי' הישראל עובר מיירי כשלא פדאו וכן סובר המאור ז"ל א"כ גם בישראל שהלוה לישראל אף דישראל קונה משכון ולהרמב"ן אפי' בשעת הלואה מ"מ עדיין מיקרי נמי ממונו של הלוה דהא המלוה ל"ק לגמרי עד שיוציאו מרשות לוה לגמרי ואם פדאו הלוה אזי גם הוא עבר ואם רוצה לפדותו אח"פ הוא חייב לבערו ק"פ שלא יעבור גם הוא: וכן הוא ודאי לשי' בעל המאור ז"ל אלא שאם אינו רוצה לפדותו אינו עובר דאמרי' למפרע גובה המלוה — אבל לשיטת התוס' דהא דאם הי' נכרי קונה משכון לא הי' הישראל עובר אף אם פדאו א"כ מיירי ומשום דכיון דקונה שלא בשעת הלואה אלים שיעבודיה גם בשעת הלואה עד דהוי אינו מלוי אצלו ואם כן בישראל שקונה משכון אין הלוה עובר אלא המלוה. — וכן יותר לשיטתו של רש"י ז"ל ולפמ"ש דכל דלגוביינא קנה לגמרי עד דלא הוי של לוה כלל כל ימי ההלואה ודאי דאין הלוה עובר דהא כן מפורש בנכרי שהלוה שאם קונה לא עובר הישראל ועיין ט"ז תמ"ג ומק"ח ול"ע שלא הביא המק"ח כמ"ש:

ולענין התקנה שיש לו למלוה לעשות בהחמץ שממושכן אצלו נראה דאף דבחמץ שקיבל עליו אחריות סגי שיוציאו מרשותו ויתנו בבית עכו"ם וכמ"ש בש"א מ"מ במשכון ודאי לא מהני דזה כיון שקנה והוי שלו א"כ לא מהני הוצאה מרשותו כמו דלא מהני לחמץ שלו, אבל בביטול מהני לבטלו ואף דקיבל אחריות כי בש"א דלא מהני ביטול היינו משום דשם לא הוי שלו לבטל ואף דלענין שיעבור עליו הוי שלו היינו מגזה"כ דלא ימצא אבל לבטל דהוי מטעם הפקר איך יפקיר דבר שאינו שלו וע"ש: אבל במשכון נראה ברור דמהני ביטול כיון דמשום שקונה והוי שלו עובר א"כ כמו נמי מהני לבטלו לא מבעי' לדעת רש"י דקני ליה ממש כל הזמן ודאי דמהני ביטולו אלא אפי' לדעת התוס' כיון דכל הטעם משום השיעבוד דאלים א"כ הוא יכול לבטל את השיעבוד שלו כמו שיכול למכור את השיעבוד ולקדש בו את האשה ע"י שנותן המשכון כן נמי מהני לבטלו כנ"ל ברור. —

ועפ"ז קשה לי מ"ש הכ"מ בדעת הר"מ דמש"ה לא הביא הגיפא ישראל שהלוה משום שסובר דטעמא דמתני' משום דקונה משכון וא"כ עומד באחריותו וכבר כ' דין של אחריות — ולפמ"ש יש חילוק ונ"מ ביניהם דבאחריות מהני ייחוד לו בית והוצאה מרשותו וכאן לא מהני, אלא דהר"מ לא ס"ל כלל הא דייחד לו בית אבל עוד נ"מ דכאן
מהני

מהני ביטול אף דבאחריות לא מהני אלא שזו הוי כ"מ לקולא ועוד דלדעת הר"מ שהוא סובר כרש"י ז"ל דביטול לאו מטעם הפקר אלא מטעם השביתו א"כ אפי' בקיבל אחריות מהני ביטול וליכא כ"מ, אלא אי קשי' הא קשי' דהא הר"מ סובר דאינו לוקה על ב"י אלא אם קנה חמץ דעשה מעשה וא"כ אי אינו חייב על הלוואה אלא משום קבלת אחריות כנראה דלא הוי מעשה דהא הוא לא עשה כלום אלא שהניח החמץ בביתו וקיבל אחריות אבל אם בע"ח קונה משכון ועובר משום דהוי חמץ שלו א"כ אי שהלוה לנכרי על חמצו בפסח הוי כקונה חמץ ועשה מעשה ולוקה דאף שעל הקבלת אחריות אינו לוקה אף שעובר דלא חשיב מעשה אבל על הקנין ודאי דהוי ההלוואה מעשה כשאר קנין ולקי וא"כ הי' לו להר"מ להביא דין זה ולע"ג — ועיין תוס' שבועות שכ' דאף שאין דין שומרין לעכו"ם ואף שאינו עובר על קבלת אחריות אלא על של אונסין מ"מ אי קנה משכון עובר משום הקנין שהרי קנה וא"כ כן נמי להר"מ אף שהי' עובר גם על קבלת אחריות מ"מ לא הוי לקי אבל על הקנין לקי וזהו כ"מ גדולה שהוא שקול לעדות:

דין ד.

הא דשמואל אבד קתא אבד אלפי זוזי.

הנה התוס' ז"ל פסקו כשמואל דאבד המשכון אבד החוב ואפי' אינו שוה כל החוב. — והוכיחו כן מדקיי"ל כרבה בשומר אבידה ש"ח ורבה ע"כ מוקי פלוגתא דר"א ור"ע בדשמואל וא"כ ר"ע כשמואל ס"ל וכן הלכה ולפ"ז הקשו התוס' דא"כ אף אי הת"ק דישראל שהלוה לנכרי ל"ל דישראל מנכרי קונה משכון מ"מ אמאי אינו עובר משום הא דשמואל ותזה כלו להוכיח דהא דעובר בל יראה אקבלת אחריות דוקא על אחריות אונסין וע"ש. — ובאמת זו קשה על רש"י ז"ל שפי' דרבה ודאי כתנאי ולמה לא מוקי לרבה פלוגתייהו בדשמואל:

אמנם נראה דלפמ"ש לעיל בדעת רש"י א"א לאוקמי לרבה פלוגתייהו בדשמואל כמו שאבאר דהנה כתבתי לעיל דלרש"י ז"ל דהא דר"י לאו גזה"כ הוא בלי שום סברא אלא טעמא דקרא משום דודאי לגוביינא וא"כ כל דנקיט לה לגוביינא אפי' בשעת הלוואה נמי חייב באונסין וקני ליה משום דר"י דמ"מ שעת הלוואה משלא בשע"ה. — אלא דלפי הה"א דר"י אמר גם בשעת הלוואה דין שלו וכהס"ד שם בהלכה לאוקמי פלוגתייהו בדר"י ובשע"ה נמי אז הי' סובר הש"ס דבשוי שיעור זוזי ודאי לגוביינא שקליה וא"כ איתא דר"י לר"ע: ור"א פליג על דינו של ר"י. — ועפ"ז יש ליישב הא דהקשו הראשונים דאי מדר"י חייב באונסין א"כ איך מוקי פלוגתייהו בדר"י הא במתני' קתני ש"ש ולר"ע הא חייב באונסין נמי ונראה דלהס"ד הוי מוקי לה למתני' בדפרים שלא לגוביינא ואינו חייב באונסין וו"מ הוי ש"ש משום פרוטה דר"י והי' סובר דהא דר"א ור"ע אבד המשכון משמע בין באונס בין שלא באונס ולר"ע אבד מעותיו אפי' באונס ולר"א לא אבד כלום ואפי' שלא באונס ומש"ה לא אתי' מתני' כר"א דלדידיה הוי ש"ח אלא כר"ע דאף דמיירי מתני' בדפרים שלא לגוביינא מ"מ הוי ש"ש עכ"פ והא דלא מוקי פלוגתייהו בפרוטה דר"י משום דהי' סובר ר"ע אפי' באונסין אבד מעותיו. — וכן נמי כדמוקי לה בדשמואל נראה לי דלרש"י ז"ל גם הא דשמואל אפי' באונסין אבד אלפא זוזי דכיון דשמואל סובר דנקיט לה לגוביינא א"כ הוי כמו לר"י שלא בשעת הלוואה דחייב באונסין וכן מורה לשון רש"י ז"ל שכ' בהא דשמואל דעד דלא יהיב ליה משכונו לא פרע ליה ומשמע בכל ענין דלא מהדר ליה ואפי' באונסין וכן מוכח בביאור מהא דסובר רש"י ז"ל דכל לגוביינא חייב באונסין מדר"י ואתא שמואל והוסיף אדר"י דאפי' לא שווי שיעור זוזי נמי לגוביינא נקיט וא"כ חייב באונסין נמי. — והא דמתני' מוקי לה נמי להס"ד דפליגי בשמואל בדפרים לאו לגוביינא אלא לזכרון וכן מוקי נמי להא מתני' דשקל היה שוה בדפרים דאינו מקבל אלא באחריות שווי'. — אבל למסקנא דלא אמר ר"י אלא שלא בשעת הלוואה דאז ודאי לגוביינא שקלה וכדפרש"י ז"ל בפירוש וא"כ הוי אסברא דקנה משכון בשעת הלוואה לאו לגוביינא לדידן דלית לן הא דשמואל אלא שמואל הוא סובר דכל משכון לגוביינא אבל אנן לא קיי"ל כן לדעת רש"י ז"ל אלא אם פירש דלגוביינא נקיט חייב אפי' באונסין וקני ליה מדר"י אפי' בשעת הלוואה ובהכי מיירי הא דבפסחים דקנה משכון גם בשע"ה והיינו כשנקיט לה בפירוש לגוביינא וכן מיירי כאשר כתבנו לעיל וכן בהשולח בהא דמלוה על המשכון אינו משמע נמי מיירי בכה"ג שפירש לגוביינא דאמר שם משום דתפיס לה ופריך אלא מעתה כו' ומסיק משום דר"י והיינו נמי בתפיס לה על החוב והיינו דנקיט לה לגוביינא וכן בקדושין וכמ"ש לעיל. — והשתא ליכא למימר לרבה דפליגי בדשמואל דממ"נ האיך מוקי לה למתני' דקתני ש"ש אי לגוביינא א"כ אפי' באונסין חייב ואי לאו לגוביינא א"כ אמאי ש"ש הא ש"ח הוי אלא ודאי דרבה תנאי הוי ודלא כר"ע ולא קיי"ל כרבה. — ומתני' דהלווהו על המשכון ש"ש הוי בתפס דלאו לגוביינא אלא מטעם דפרוטה דר"י הוי ש"ש. — והא דלא משני כדפריך דר' יוסף תנאי היא דפליגי לדידי' בדשמואל ואבד המשכון באונס דר"ע סובר דשמואל ור"א ל"ל ומודה דהוי ש"ש היינו משום דלא קיי"ל כהא דשמואל ובדלא פירש לא לגוביינא נקיט דכן מוכח מדאמר איפר דאמר ר"י שלא בשעת הלוואה אבל בשעת הלוואה לא וא"כ כל בשע"ה לאו לגוביינא וא"כ דשמואל נמי ליתא דהוא אמר אפי' בשע"ה נמי לגוביינא אפי' בלא שווי' וכן מוכח נמי לרש"י ז"ל מהא דאמר דבלא שווי' כ"ע ל"ל לדשמואל ואמאי ל"א כ"ע אית לי' לדשמואל דלפרש"י ז"ל הי' יכול לומר כן וכמ"ש הנמק"י אלא ודאי משום דלא קיי"ל כשמואל וא"כ נמי לאמאי דמוקי לר"י נמי לא ניחא לומר כן דא"כ הי' צריך לומר לר' יוסף ר"ע כשמואל ס"ל ואנן קי"ל כר"י ולא כרבה ולא קי"ל כשמואל וזה ברור ונכון:

ומעתה נ"ק נמי הא שהקשו התוס' דלשמואל אמאי אינו עובר לת"ק דר"מ דאף דישראל מנכרי לא קני משכון מ"מ עובר מדשמואל ול"ק מידי לרש"י ז"ל דהא דשמואל ודאי שייכא בהא דר"י דאי בע"ח קונה משכון מדר"י שלא בשע"ה בשעת הלוואה נמי אי לגוביינא נמי חייב באונסין וכן לשמואל כל משכון לגוביינא והא תינח אי איתא להא דר' יצחק אבל לת"ק דישראל מנכרי ל"ק משכון כלל אפי' שלא בשעת הלוואה א"כ לא מהני לדידיה הא דלגוביינא שקלה כלל וליתא נמי לדשמואל בישראל מנכרי וכ"ז ברור ונכון מאוד לדעת רש"י ז"ל וכל שדעתו רחבה מדעתנו יעמיק יותר:

דיני יום טוב

כלל כב.

דיני הואיל ועירוב תבשילין.

דין א.

האופה מיום טוב לחול אי כרבה ואי פליגי בדאיכא אורחין קמן או בליכא אורחין.

אתמר האופה כו' ר"ח אמר לוקה כ' הרמב"ן ז"ל ודרבה ור"ח נמי לאו משום דליכא אורחין קמן פליגי אלא בכל הואיל שאין דעתו לכך פליגי כדאמר ליה רבה לר"ח בשלמא לדידי דאמינא הואיל ואי בעי למיכל מלי אכיל מש"ה שחיט אלא לדידך כו' ודאמר ר"פ ע"כ ל"א ר"ח אלא דחזי ליה לדידיה כלומר ודעתיה עליהם אבל לאורחין כלומר שאין דעתו עליהם ולא כוונתו לאכול הוא עצמו איתא ליה הואיל עכ"ל:

והנה כל הרואה דברי רמב"ן אלו בלי עיון בקל יוכל לטעות דלדעתו אפי' אי איכא אורחין כאן סובר ר"ח דלוקה משום שהאופה לא הי' דעתו אלא לחול ולא לאורחין, וזהו דבר שא"א לאמרו שאם כימא כן א"כ אפי' אם אפה קודם סעודתו וקודם שאכל הוא עצמו והי' כוונתו לחול ולא להיום לוקה ג"כ לר"ח וא"כ למה נקיט פלוגתייהו דוקא באורחין ועוד דמשמע דפליגי דוקא בדליכא אורחין, וזה היה אפשר לתרץ ולומר דנקיט כן לאשמועינן רבותא לרבה דאפי' בליכא אורחין מתיר, אבל ר"ח אפשר דאפי' איכא אורחין ואפי' אפה קודם שסעד לוקה משום שהוא אפה לחול ול"א הואיל והוא מלי למיכל יפטור— ואמנם נראה לי ברור דבאיכא אורחין קמן או קודם שסעד הוא עצמו אינו לוקה לר"ח דהא עכ"פ התראת ספק הוי שמא יתן לאורחין או שמא יאכלנו הוא עצמו היום ואין לומר דאפי' אם נתן באמת לאורחין או אכל ממנו הוא עצמו היום מ"מ לוקה הואיל שכוונתו לחול היתה שזהו איכא תורה — אלא ודאי פשוט אצלי דאינו לוקה בכה"ג בשום אופן וא"כ הוי התראת ספק, ועוד דכאן ודאי מיירי דליכא אורחין קמן דהא האי אופה מיום טוב לחול דאיירי ביה לא שאמר בפירוש שהוא אופה לחול מיירי אלא כמו שפרש"י ז"ל דמיירי אחר אכלות ואחר שאכל סעודתו ואף שאפה סתם מ"מ כיון דהו לא חזי לי' היום אלא לחול, וא"כ ודאי בדליכא אורחין מיירי דאי איכא א"כ מנא ידעי' שאופה לחול הא לא פירש אלא דליכא למתפס אהרמב"ן ז"ל ממה שפרש"י דדילמא הרמב"ן ז"ל מפרש לה שאמר כן בפירוש שאופה לחול ואפי' איכא אורחין לוקה לר"ח — אבל לא נראה לי לפרש כן דברי רבינו הרמב"ן ז"ל וכשנדייק בלשונו הטהור שאומר לאו משום דליכא אורחין קמן פליגי נראה שאין כוונתו לומר דאף באיכא אורחין פליגי דא"כ הי' לו לכתוב

לאו בדליכא אורחין פליגי ולא לאו משום דליכא, אלא ודאי כל דאיכא אורחין קמן כ"ע מודי דאין לוקין וכאן מיירי דליכא אורחין וכפשטא ולא כתב הרמב"ן ז"ל אלא דטעמא דידי' לא הוי משום דליכא אורחין אף שכן מיירי מ"מ לא הוי טעמו של ר"ח משום חסרון האורחים אלא משום דל"א הואיל בדבר שאין דעתו כן וכמו שאבאר בכוונתו והסברתו אבל אי איכא אורחין ודאי אינו לוקה, וכן מוכח בביצה דף כ"א דאמר דאית ליה סברא דודאי אפשר לפייסן בכבילי' ומתיר ר"ח. וא"כ כן נמי בדאיכא אורחין דאין לחלק כלל, וכאן מיירי דליכא וכדאמר ר"ח ל"א הואיל ואי מקלעי ליה אורחין חזי לי' — והסביר לנו רמב"ן ז"ל דטעמו של ר"ח הוי משום שהוא אפה לחול ואף שלא פירש מ"מ כל מי שאופה אחר סעודתו לחול הוא אופה וכיון שכן לא הי' דעתו על אורחין כלל ומש"ה לא מהני הא הואיל לר"ח שמא מקלעי לי' אורחין לאו משום דליכא אורחין אלא משום שזהו נגד דעתו שהוא הא לא הי' דעתו לאורחין אלא לחול ומש"ה ל"א ר"ח הואיל ולא משום דליכא קמן אורחין זהו כוונת הרמב"ן ז"ל ונמצא השתא דבאיכא אורחין לא לקי אף לר"ח אלא בליכא אורחין והרמב"ן ז"ל רק בטעמו של ר"ח אידא דלא כמו שאנו סוברין דהטעם שלו הוי משום דליכא אורחין ול"א הואיל בדבר דליתא כאן אלא שטעמו הוי משום שלא הי' דעתו על אורחין אבל משום דליכא אורחין קמן הי' מודה ר"ח דאמרי' הואיל ואי מקלעי חזי אלא משום שלא הי' דעתו עליהם מש"ה פליג וכזה סובר דאפי' בכה"ג שלא הי' דעתו וגם ליכא אורחין מ"מ אמרי' הואיל ואי מקלעי והואיל ואם ירצה יכול ליתן להם כשיבואו מהני לי' דאינו לוקה וסובר כזה דזה שלא הי' דעתו לא הוי חסרון דהא הוי בידו לשנות דעתו כמו שירצה וליכא כאן אלא חסרון אורחין ואמרי' הואיל — והביא הרמב"ן ראיה לסברתו מהא דפריך לי' רבה לר"ח ממסוכנת וקשה מאי פריך הא יש לחלק דהא שאמר ר"ח כאן לוקה היינו משום דליכא אורחין קמן משא"כ שם דאי בעי אכיל מלי אכיל הוא עצמו והוא עצמו הא איכא הכא וא"כ אפשר שגם ר"ח מודה ומאי פריך לי' רבה, וכן נמי מחלק ר"פ לקמן ע"כ ל"א ר"א כו' אבל לאורחין כו'. וא"כ כן נמי יש לחלק לר"ח, אלא ודאי דעיקר פלוגתייהו של רבה ור"ח לא הוי משום דליכא אורחין ובהא הי' מודה ר"ח דאין זה חסרון אלא מש"ה לוקה לר"ח משום שלא היה דעתו על אורחין כלל ורבה ידע טעמו של ר"ח ומש"ה פריך לי' וה"ק בשלמא לדידי דאמינא הואיל אפי' בדבר שאין דעתו עליו ולא הי' בדעתו כלל ולא לאורחין שיבואו מש"ה גם במסוכנת אף שלא הי' דעתו עליו מלי שחיט משום הואיל ואי בעי מלי אכול ולא איכפת לן בדעתו אבל לדידך אמאי ישחט הא לא הי' בדעתו ולא אמרת הואיל בכה"ג דמש"ה אמרת דל"א הואיל באורחין לא משום חסרון אורחין אלא משום שאין דעתו, ומשני ר"ח דמשום הפסד ממונו הוי כדעתו עליה דדעת כל אדם לכך שלא יבוא לידי הפסד ודעתו הוי שיעשה כל מה שיכולתו שלא יגיע לו הפסד והוי כגומר בדעתו לאכול כזית — ובסברת הרמב"ן ז"ל מיושב לנו עוד מה דקשה מה פריך רבה ממסוכנת על ר"ח הא י"ל ולחלק בשלמא כאן לא הוי בידו שיבואו אורחין אבל שם הא בידו למיכל אי בעי אבל להרמב"ן ניחא כיון דלאו בחסרון מעשה ביאת האורחין תליא מילתא אלא בחסרון דעתו א"כ לא מהני בידו דבידו לא מהני אלא דלא הוי חסרון מעשה וזה פשוט — ואי תימא מנ"ל להרמב"ן ז"ל סברא זו בדר"ח והיכן מרומז כן, נ"ל שהוכיח כן מדקדוק אחד שיש לנו כאן והוא למה נקיט פלוגתייהו באופה מיו"ט לחול ולא נקיט בקיבל באופה ביום טוב אחר שגמר סעודתו דהא ודאי אחר שאכל מיירי וכמש"ל דאל"כ אינו לוקה וא"כ למה נקיט הך תיבה מיותרת לחול דאין לומר דמש"ה נקיט כן דמיירי שמפרש שאופה לחול ואי לא"ה אינו לוקה שז"א דאפי' לא פירש נמי ידעינן וכדפרש"י וא"כ למה נקיט לחול א"ו מש"ה נקיט הגמ' לחול להורות לנו טעמו של ר"ח דאי הוי נקיט האופה אחר שסעד ה"א טעמו של ר"ח משום שהוא אכיל וליכא כאן אורחין והי' ס"ד דחסרון אורחין הוי חסרון לר"ח ואפי' הי' דעתו עליהם שיבואו ל"א הואיל ולכך נקיט לחול דדוקא מש"ה לוקה לר"ח משום דסתמא דעתו לחול דהא אחר שאכל ואורחין ליכא קמן ודאי דעתו לחול ומש"ה הוא דלוקה לר"ח משום דעתו דל"א הואיל נגד דעתו אבל חסרון אורחין לא הי' חסרון אף לר"ח :

ואי קשי' לפ"ז מאי פריך לקמן דף מ"ב ומי אר"ח הואיל מהך דהאשה הא יש לחלק דשם הא ע"מ שיזרוק לאוזן ושמעון ערלים שמע אבל לא הי' דעתו דוקא משום שהם ערלים וא"כ הואיל דשם לא הוי נגד דעתו משא"כ כאן שאפה לחול ולא הי' דעתו לאורחים כלל — הא ודאי קושי' היא אלא שהרמב"ן ז"ל תי' אותה למעלה שכ' וז"ל דשם כו' וזה הפי' לאומרי' א"ל כלו' שיהי' אותו השם פוסל בקדשים משום הואיל כו' אלא שאנו מתירין לעצמינו לחוש שמא שאין דעתינו עליו עכ"ל והנה הרמב"ן ז"ל מעמים מה שהקשינו בתי' הגמ' במה שאמר כי אמר ר"ח הואיל לחומרא לקולא ל"א הואיל ופי' הבעל המאור ז"ל להקל עליו שלא ללקות ל"א הואיל רק להחמיר אמרו רבנן הואיל וע"ז הקשה הרמב"ן איך נימא דל"א הואיל לקולא ולוקין עליו הא אם אנו לוקין ה"ז חומרא של תורה ואי נימא דל"א הואיל מה"ת איך לוקין. ולכך פי' הוא ז"ל דהחילוק הוא דמחלק בין שם קדשים שפסלה התורה דבזה ודאי אמרי' שהיתה דעת התורה אפי' אם ע"י הואיל יהי' זה השם מ"מ יופסל דהא הואיל סברא היא וע"י הואיל פוסל זה השם ומשמרינן כן משום דאמרי' שגם בזה היתה דעת תורה והואיל זה אמרי' בין לקולא בין לחומרא משא"כ באופה לחול שהדבר תלוי בדעת האופה וכיון שלא היה דעת האופה לאורחין הללו לא אמרי' אכן הואיל להקל עליו שהיא היפך מדעתו ולא כיון לכך ואנו אומרין שמא יצטרך לאורחים והוא הא לא נתכוון לכך ומש"ה אין אנו אומרין כן להקל עליו אלא לוקה משא"כ באמר הואיל אמרי' שכן היתה דעת תורה זהו כוונת הרמב"ן ז"ל :

ולפי סברא זו נראה דזהו שאמרה התורה אך אשר יאכל לכל נפש וצריך שיהי' ראוי היום לאכול אפי' אחר שסעיד ואינו ראוי לו מ"מ עיקר ראוי משום הואיל ויבואו אורחין חזי ליה. גם עתה חזי ליה עיקר ולזה גם ר"ח מודה אלא מש"ה לוקה משום דעתו שאפה לחול ולא הי' דעת לאורחין :

ואמנם במ"ש לעיל שאם אפה קודם שסעיד אפי' אפה לחול אינו לוקה ואמרנו הטעם משום דהוי התראת ספק בזה הדרנא בי ואומר דאפי' למ"ד התראת ספק הוי התראה מ"מ קודם שסעד אינו לוקה אפי' אפה לחול דדוקא אם אנו צריכין להתיר לו ע"י הואיל וכגון שאפה אחר שסעיד ואינו ראוי לו עתה אלא לשמא יבואו אורחין וע"י הואיל ואי מקלעי ליה אורחין אנו מקילין עליו שלא ללקות בהא אר"ח דהואיל ואין דעתו לזה לא מהני לו הך סברא דהואיל לפטרו. — והא תינח אחר שסעד אבל קודם שסעד דקרינן ביה אשר יאכל היום בלא שום הואיל לא איכפת לן בדעתו אפי' אם הוא אפה לחול, ולא לו מ"מ כיון שהמעשה' שעשה היא מלאכת אוכל נפש שהותרה לו התורה לא לקי משום דעתו דלא מכינן שיהי' צריך דעתו מסכמת לכך ועל מחשבתו שלא לצורך אינו לוקה דהרי הוא עשה עתה מלאכה ומעשה המותרת לו, אלא אחר שסעד והוי המעשה שלא לצורך אלא דאנו צריכין להואיל להתירו ולא מהני אלא הואיל שאין דעתו עליו כן נראה ברור' — ועדיין יש לנו קושי' על שיטת הרמב"ן ז"ל כיון שהוכחנו לעיל דע"כ פלוגתייהו בדליכא אורחין כאן מיירי וא"כ אמאי סובר רבה אין לוקין משום הואיל הא אנו צריכין לתרי הואיל ואי מקלעי אורחין והואיל אם ירצה יתן להם דהא הוא לחול אפה וכל תרי הואיל הא ל"א וכדפרש"י ז"ל ואין לדמות דהואיל ואם ירצה הוי בידו ולא הוי בגדר הואיל כלל ז"א דהא הרמב"ן ז"ל מפרש בהא דמסוכנת דאמר רבה בשלמא לדידי הואיל ואי בעי למיכל וחזינן דמטעם הואיל אתי עלה אף שבידו לאכול וכיון דסובר הרמב"ן דאף מה שבידו אנו צריכין לסברת הואיל וא"כ הא הוי כאן תרי הואיל. — ונראה לדעת הרמב"ן ז"ל דכל מלאו' אמרי' אפי' תרי הואיל היכא דחד הוי בידו והא שכ' התוס' דל"א תרי הואיל היינו מדרבנן וכל הסברא בהא הוי כדאמרי' בחד הואיל דכל שאפשר לעשותו בלא הואיל כלל עבדינן וכן נמי היכא דאיכא תרי הואיל אמרי' כל שאפשר לעשות בחד עבדינן אבל מה"ת אין חילוק בין חד לתרי ובפרט היכא דחד בידו הוי אבל מי שאינו סובר הואיל לא מהני בידו נמי בהואיל ומש"ה פריך ליה רבה לר"ח. — ובסברא זו נתיישב קו' הבעל המלך שהקשה על התוס' מהש"ס דלעיל ולק"מ דשם מיירי לענין אם יצא ידי מצוה ושפיר, כי רש"י דיצא מה"ת משא"כ מדרבנן כל דאיכא תרי הואיל כשאר עוד אי' דרבנן דמדרבנן מחלקינן בין חד לתרי ודו"ק. — ובמה שכתבנו נתבררה לנו שיטת הרמב"ן ז"ל על נכון:

ולדינא הנה הבעה"מ' ז"ל הביא ראי' כר"ח מהא דאמרו בנכרי שמא ירבה בשבילו ותי' הרמב"ן דאף דקיי"ל הואיל מ"מ הכא איכא אי' דרבנן ומשום דרבנן נמי גזרינן וכן י"ל לקמן אשה דאמר ר"א בעירוב תבשילין שמא יבשל מיו"ט לחול. — ובר"ן מתרץ קו' בעל המאור גזירה שמא יבשל דברים אסורים לנכרי וליכא הואיל. ועיין לקמן בדברינו:

ואמנם פי' רש"י ז"ל היא דלא כרמב"ן, דהנה רש"י ז"ל פי' האופה לאחר שאכל וגמר סעודתו דתו פשיטא לן דלא חזי ליה השתא עד אורתא שהוא חול עכ"ל וכי בלא"ה הכלל בזה דאי קודם סעודה אין לוקין דהוי התראת ספק, ולפי דעתי אין זה במשמעות לשון רש"י ועוד דילמא סובר ר"ח לוקין על התראת ספק — וע"כ נ"ל דליכא כללי"ס אבל לא מטעמיה אלא שאם אפה קודם שסעד לכ"ע אינו לוקה כמ"ש לעיל וכאן אבאר יותר קצת דהנה התורה התירה לנו מלאכת אוכל נפש ואמנם צריכא שתהיה ראוי בעצם ובזמן דהיינו שתהי' דבר המותר וראוי לאכילה וראוי בזמן שלא סעד עדיין וראוי לו לבו ביום ואז אינו עובר על לאו של לא תעשה מלאכה ולקמן נכתוב אם יש בו עוד איסור תורה ע"ש אבל על לאו ודאי דאינו עובר דלא כתיב בתורה אשר יאכל אלא יֵאָכֵל ורצה התורה שיהיה ראוי לאכול היום וא"כ אם בישל מאכל כזה אשר ראוי בעצם ובזמן אף אם בישלו לחול אינו לוקה דהא עשה מעשה המותרת ועל מחשבתו אינו לוקה ולכן פרש"י דוקא אחר שסעיד דתו פשיטא לן דלחול הוא דלא חזי ליה השתא ור"ל דלא משום מחשבתו שחשב לחול לוקה אלא משום דפשיטא לן פירש דאחר

סעודה

סעודה הוי תו כל עיקר שהטעם שלא לצורך — ובזה ור"ח בזה פליגי בזה סובר דאף אחר סעודתו הוי בזמן הראוי דהא חזי לאורחין אם יבואו ואף דליכא אורחין הוי ראוי כל היום משום הואיל ור"ח סובר דל"א הואיל ואורחין אינם כאן והוי אחר סעודתו זמן שאינו ראוי ומש"ה לוקה והו דלא כרמב"ן אלא דלר"ח הוי טעמא משום דליכא אורחין קמן הוי אינו ראוי לבו ביום ול"א הואיל ושמא יבואו אורחין וכן פרש"י לקמן בשם דאר"ס אבל לאורחין ופרש"י ועדיין לא זימנן ובזה שלשונו דטעמא דר"ח כפשיטא דמילתא משום דליכא אורחין קמן הוי — ור"ח אינו סובר הואיל כלל:

והשתא לדידן אנו לתרץ קו' הרמב"ן מאי פריך רבה מעוכבת ונלענ"ד לתרץ והכי פריך ליה רבה דהא חזינן במתני' דתלוי הדבר בשעות אם יש עוד שעות כדי להשביע ולאכול כזית מותר וקשה מה מהני השעות הא כבר אכל והוי אינו ראוי לו בזמן אלא ע"כ צ"ל דאף שהוא אכל מ"מ הא יש אורחים בעולם שלא אכלו ואפשר דמקלעי ליה ויתן להם שיאכלו ולכך פריך רבה בשלמא לדידי הואיל ואי בעי למיכל מ"י הואיל ואיכא שעות כדי לאכול מותר לשחוט משום אורחים והאי ואי בעי למיכל מצי אכל דאמר רבה לאו משום דהוא עצמו מצי אכל אמר רבה כן אלא אשעות כדי להשביע ולאכול אמר כן דהואיל ואי הוי בעי לאכול יש עוד שעות כדי להשבע ומצי עוד היום לאכול אם ירצה ומש"ה אף שהוא לא ירצה שכבר אכל מ"מ מותר מטעם הואיל אי מקלעי ליה אורחים דאי ליכא שעות כדי להשביע ולאכול לא מהני כלום דהא אפי' ירצה או יבואו אורחין לא מצי אכול מבעוד יום בשום אופן משא"כ לדידך דלא אמרת הואיל אי מקלעי אורחין מה מהני ליה אותן שעות הא הוא כבר אכל ולא צריך ליה יותר. ומהני ר"ח משום השביע ממונו הוא עצמו יאכל כזית אף שכבר אכל משא"כ באופה לחול אחר סעודה דלא צריך להיום וליכא הספק ולאורחין לא מהני דהא ליכא קמן כן נראה לי ועיין היטב ברש"י על כך קושי' ותראה שכוונתי ב"ה האמת בדעתו ז"ל — אחר לפ"ז מיושב שפיר מה שהקשיתי לעיל מה אמר רבה ניחא ולר"ח קשה הא כל שבידו צ"ל לסברת הואיל ובידו לאכול. — אלא ודאי שגם כאן היתה סברת רבה משום הואיל דאורחים דהא הוא כבר שבע וסובר כרש"י דלא מקרי בידו מה שלא צריך לו כלל ומקרי אינו ראוי לו בזמן אם לא משום אורחין ור"ח השיב דבספק שאני שיאכל אף דלא צריך ודו"ק כי זהו נכון מאד:

דין ב.

צרכי שבת אי נעשין ביו"ט ומאיזה טעם.

כתב הרמב"ן ז"ל ובשמעתין נמי אמרי' דאין אופין ומבשלין מיו"ט לשבת והיינו משום הכנה עכ"ל ולפי הפשוט לע"ג הא גם בלאו הכנה אסור לבשל מיו"ט לשבת דאיכא לאו דלא תעשה מלאכה. — שוב מצאתי להגאון מוה' ברוך פרענקיל ז"ל בהגהותיו על שו"ע סי' תקכ"ז על מ"ש המ"א שם ואע"ג דהתוס' בפסחי' כתבו דבלא"ה וביש"ל ליכא הכנה עכ"ל והקשה הגאון הנ"ל ג"כ הא איכא לאו דלא תעשה מלאכה. — והנה עוד מצאתי להתוס' עירובין דף ל"ח שהקשו שם לר"א דא"ל הכנה ולמ"ד כאן דר"א ל"ל הואיל א"כ תקשה איך אופין מיו"ט לשבת ותי' שם בתי' ראשון דלמ"ד דל"ל הואיל הוא סובר דל"ל לר"א הכנה ובשם ריב"א כתבו דבלא"ה וביש"ל ליכא הכנה ע"ש וא"כ גם על התוס' קשה למה להם הכנה הא בלא הכנה איכא לאו של מלאכה — ואני תמה על הגה"ה הנ"ל שהקשה על המ"א ודברי מ"א נקוטים מהראשונים ז"ל. — ומעתה השובה וכראה מאי טעמא של הראשונים ז"ל ומה ראו על ככה:

ובהשקפה ראשונה הייתי אומר דאי לאו משום הכנה לא הוי רבה מקשי מידי לר"ח איך אופין מיו"ט לשבת דדילמא סובר ר"ח מתוך אף שאינו סובר הואיל מ"מ משום מתוך שהותרה לצורך נמי ליכא אי' דאו' ואיסור דרבנן הותר ע"י עירוב תבשילין ואף למאן דמצריך במתוך צורך קצת מ"מ אפשר דלצורך היום הוי צורך קצת. אבל משום הכנה פריך לי' שפיר דבהכנה לא שייך מתוך שהותרה דהא לא הותרה הכנה לצורך כלל כדי שנאמר בה מתוך שהותרה לצורך דהא כל הכנה לא משכחת לה לצורך היום דאי יש בה צורך היום קצת כל יו"ט לעצמו הכין וכיון דלא הותר איסור הכנה לצורך לית בה מתוך ועי' סוף כלל זה. — אבל חזרתי בי שאין נראה כן מדברי הראשוני' כלל ועוד דבאמת קושי' זו הקשו התוס' לרש"י ביצה י"ב דמאי פריך ליה רבה לר"ח דילמא סובר מתוך ואף שיש לתרץ קושי' זו מ"מ לאו כוונת הראשונים הנ"ל היא כן ואנחנו מחויבים לחקור ולעמוד על האמת בדבריהם ז"ל ועוד קשה לי לפרש"י ז"ל שפי' כאן דמש"ה לר"ח לצרכי שבת נעשים ביו"ט משום דקדושה אחת הן ולפ"ז תקשה איך יתרץ לר"א האיך אופין הא הוא אינו סובר לא הואיל ולא מתוך דשאני הוא וסובר שתי קדושות הם וא"כ אף דליכא הכנה מ"מ איכא ל"ת מלאכה ולע"ג:

ואשר ע"כ נ"ל לבאר הענין כיד ד' הטובה עלי. דהנה התוס' כאן חולקים על רש"י וסוברים דשתי קדושות הן ומ"מ י"ל לצרכי שבת נעשים ביו"ט משום שהוא מצות שבת ואם לא יעשנה עכשיו שוב לא יעשנה וחשוב כמו אוכל נפש דיו"ט גופא וסברא זו טובה בעצמותה וא"כ יש לראות מה פריך ליה רבה לר"ח ומאי לא רצה הוא בסברא זו. אלא דלק"מ דהוא לשיטתו דלית ליה הכנה דאו' א"כ חזינן אדרבה התורה אסרה למחר מה שהוכן היום ואפי' דיעבד וכמ"ש מהרש"ל הובא במ"א תקי"ח וכן אנו סוברים השתא דיש אי' הכנה באפיה ובישול ג"כ מקרי מהכנה בידי שמים וכמ"ש הר"ן וא"כ לפ"ז צ"ל לצרכי שבת נעשים ביו"ט מכח סברת התוס' דיש לו הנאת היום ע"י שמכין למחר דהא למחר יהי' אסורה עליו משום הכנה וכיון שלמחר אסירה ממילא דלוקה הוא היום משום ל"ת מלאכה דליכא הנאת היום כלל. — ומש"ה אמר רבה דע"י ע"ת עדיין צריכין להואיל דהואיל עושה המלאכה ראוי באמת להיום ואזיל ליה אי' הכנה דיו"ט לעצמו הכין וממילא אפי' אם ירצה. דע"י הואיל לא ניתק אלא הלאו של ל"ת מלאכה אבל איסור תורה נשאר וכמו שכתוב לקמן אי"ה מ"מ א"ש דע"י הואיל מותר לבשל מיו"ט לשבת: אפי' לכתחלי' דעכ"פ ע"י הואיל אזיל לי' אי' הכנה דכל שראוי ע"י הואיל אמרי' יו"ט לעצמו הכין וכיון דליכא הכנה יהי' מותר למחר וכיון דמותר למחר ליכא תו מיו"ט לשבת לאו דלא תעשה מלאכה דהא תו הדרין לסברת התוס' דיש לו היום הנאה מה שמבשל לשבת שא"א לו לבשל למחר וא"כ אף אי שתי קדושות הן מ"מ מותר מיו"ט לשבת משום הנאת יו"ט. — ולפ"ז לרבה דא"ל הואיל ואית ליה ג"כ הכנה ע"כ צ"ל דלא נאסרה הכנה אלא היכא דלא שייך הואיל וכגון בש"ס וכמ"ש המ"א או באופן אחר דליכא הואיל אבל היכא דאיכא הואיל א"כ יו"ט לעצמו הכין ולא נאסר בשבת משום הכנה ואפי' אם נאמר דע"י הואיל עדיין נשאר אי' תורה מלכה מ"מ זה הוי תו לכה משום סברת התוס' וכמ"ש:

ומעתה הכי פריך ליה רבה לדידך דלא אמרת הואיל וכיון דליכא סברת הואיל הי' סובר רבה דלא אפשר להתיר לצרכי שבת ביו"ט ע"י סברת התוס' דהא יאסר עליו מחר משום הכנה דהתורה אסרה הכנה וא"כ לית ליה הנאת היום כלל ולוקין עליו משום ל"ת מלאכה. — ואמנם ר"ח ע"כ פליג אסברת הכנה דרבה ומש"ה מותרי' לצרכי שבת ביו"ט ואפי' שתי קדושות הן וכסברת התוס'. — והנה מה מאד לדקו דברי הראשונים ז"ל דהא דפריך ליה רבה ע"כ משום הכנה דידיה פריך דאי לאו משום הכנה ל"ק קו' רבה משלא תעשה מלאכה דהא יש לו הנאת היום והוי מלאכת אוכל נפש של היום אבל מכח הכנה שהיא אסורה עליו למחר מה שמכין היום ומכח זה פריך רבה, ול"ק נמי מה שהקשיתי על רש"י ז"ל דרש"י מודה לסברת התוס' דאפי' שתי קדושות הן אינו עובר כלום אלא דלפי מה דפריך רבה מכח סברת הכנה ליתא לסברא זו ורש"י ז"ל לא רצה לפרש דר"ח פליג אהכנה דרבה ולכך פרש"י יותר דר"ח סובר קדושה אחת הן אבל ר"א אף דסובר שתי קדושות הן מ"מ כיון דהוא אינו סובר הכנה דרבה א"כ לק"מ האיך אופין וכתי' התוס'. — וכן לדקו דברי מ"א דבל עיקר הא דלצרכי שבת אסורים לעשות ביו"ט לא הוי אלא משום אי' הכנה אבל אם לא הוי איסור הכנה הי' מותרים כמו לצרכי יו"ט עצמו ומש"ה מפלפל המ"א רק בא' הכנה ולא בלאו של ל"ת מלאכה ודו"ק כי זהו נכון מאד בס"ד:

דין ג.

על ידי הואיל לא נתקן אלא הלאו של ל"ת מלאכה אבל איסור תורה נשאר.

הנה הר"מ בפ"א מיו"ט כ' דהא שאסור לבשל מיו"ט לשבת הוא מדברי סופרים כדי שלא יבשל לחול והם דברי ר"א בפ' שני וכ' הב"י בטעמו של הר"מ משום דסובר לצרכי שבת נעשים ביו"ט והקשה המ"א הא הר"מ פוסק כרבה דאמרי' הואיל וא"כ צ"ל לצרכי שבת נעשים ביו"ט דר"ח הוצרך לתרץ עצמו כן. — והנה קושי' זו לק"מ לענ"ד דאדרבה משום שסובר הואיל איכא למימר לצרכי שבת נעשים ביו"ט דאי לאו הואיל הי' כאן אי' הכנה אלא משום הואיל ליכא הכנה מש"ה אפי' שתי קדושות הן י"ל לצרכי שבת נעשים ביו"ט משום סברת התוס' דלעיל וכמ"ש שם: אלא אי קשי' הא קשי' דל"ל להב"י סברא זו דלצרכי שבת נעשים ביו"ט כלל הא קיי"ל כרבה דא"ל הואיל וא"כ בלא"ה ליכא אי' תורה דהא הלך האי' תורה ע"י הואיל וע"י ע"ת מותר לגמרי ולא צריך לסברת דלצרכי שבת נעשים ביו"ט כלל וזה ודאי לע"ג:

ונלע"ד לבאר שיטת הר"מ ז"ל ומה שמצאתי בו אחר העיון שיטתו ז"ל הוא שיטה אמת מכל מה שזכרו הראשונים ז"ל ויבוארו כמה קו' של ראשונים בסוגי' זו על נכון — והנה הראשונים הקשו על הא דאר"א גזירה שמא יבשל מיום טוב לחול הא נמי דקיי"ל הואיל א"כ אפי' יבשל ליכא אי' דאו' ומה גזירה שייך ועיין רמב"ן ובעל המאור ז"ל: עוד הקשו האחרונים בהא דאר"א כדי שיאמרו אין אופין מיו"ט לשבת ק"ו מיו"ט לחול ומשמע דלחול איכא חומרא יותר ובאמת שוים הם דע"י הואיל שניהם מותרין מה"ת ונאסר אי' דרבנן וא"כ למה לי' לר"א דמש"ה צריך ע"ת משום שנאסר אי' דרבנן ועיין בעל המאור שכ' דמשום שבת הוי מתירין אותו אי' דרבנן: ונראה לבאר הכל בס"ד, דהנה השעה"מ

הביא בשם בעל מקרא קודש דהאופה מיו"ט לחול אף לרבה רק מלקי הוא דלא לקי אבל אי' תורה איכא ופשטות הגמ' משמע כן דאינו לוקה אמר רבה, ובשעה"מ הניחו בצע"ג דלפי דעתו קשה מאי פריך רבה לר"ח האיך אופין מיו"ט לשבת הא לדידיה נמי קשה הא אף בהואיל יש כאן אי' תורה ומאי מהני הע"ת — ולענ"ד דשיטת הר"מ ז"ל היא כמ"ש המקרא קודש, והא לך לשון הר"מ ז"ל פ"א הל' ע"ו המבשל לגוים או לבהמה או להכין לחול אינו לוקה משום הואיל ומקלעי אורחים ע"ש:
והנה מאחר שעירב הר"מ ז"ל הני תלתא דינים בהדי הדדי ודאי שדין אחד להם וכמו דמבשל לנכרי אסור מה"ת מדכתיב לכם ולא לנכרים ולאו הבא מכלל עשה כן נמי במבשל לחול איכא עשה זו מדערבינהו הר"מ ואף שיש לדחוק בדבריו ולדחות דברי מ"מ האמת עד לעצמו דכן סובר הר"מ וכמו שאבאר דהנה הראשונים הא הקשו מאי גזירה איכא שמא ירבה בשבילו של נכרי הא אפי' ירבה ליכא אי' תורה משום הואיל וכדהקו הרבה והר"ן הקשה יותר מזה הא מוכח מקרא דלכם ולא לנכרים דל"א הואיל ותי' דמשכחת במבשל דברים אסורים וכ"ז דוחק, והר"מ הא כי בפי' בהל' שנזכרת שגם בנכרים שייך הואיל דהא כי דמש"ה אינו לוקה וא"כ הוא ז"ל סובר דקרא דלכם ולא לנכרים איירי באופן דאיכא הואיל ולא כר"ן ולפ"ז יש כאן ראיה ברורה דלהר"מ ז"ל נשאר בהואיל אי' תורה מקרא דלכם ומי שיחלוק ע"ז יחלוק על אור השמש שאינו מאיר — וכיון שכן בכל הני תלתא שהביא הר"מ איכא הואיל ויש עוד אי' תורה מלכם דכיון שאינו לו להר"מ בפי' דע"י הואיל לא ניתק אלא הלאו של ל"ת מלאכה אבל אי' תורה איכא מלכם ולא לנכרים כן נמי בהני שלשה דאיכא נמי הואיל ומשום הואיל לא לקי וא"כ נשאר אי' תורה מלכם, וכי תימא איך השוו הני אהדדי הא לכם ולא לנכרים דרשינן אבל ולא לחול לא שמענו, ברם דבדין השוו ודין אחד לכולם, דהא כבר כתבנו לעיל לדעת רש"י דהתורה כתבה אשר יאכל לכל נפש ולכן צריך שיהי' המאכל ראוי בעצם ובזמן הראוי דהיינו שיהי' מותר לו וראוי לו לאכול היום ואם הי' במאכל כל התנאים האלו הותר לבשל ביו"ט, והי' מהראוי שיהי' מותר לגמרי אלא שכתבה התורה לכם להורות דאף מאכל הראוי מכל צד בין בעצם בין בזמן לא הותרה אלא לכם:

אמור מעתה דכל מאכל אף שהוא ראוי מכל צד מ"מ לא הותר אלא שאין בו לאו של ל"ת מלאכה אבל אם בישלו לנכרים או לחול יש בו איסור עשה מלכם דאין שום חילוק בין לנכרי או לחול שדבר פשוט הוא שצריך לבשל להיום דקרא דלכם קאי על צורך היום וא"כ כמו דלנכרים איכא איסור מלכם כן נמי לחול דאין לחלק ביניהם כלל, וסובר הר"מ ז"ל דבקרא דלכם הא לא כתיב למעט נכרי בפי' אלא דכיון דבעינן לכם ממילא נתמעט וא"כ כן נמי הא בעינן לכם לצורך של יום ונתמעט לחול. אלא דרבה ור"ח פליגי לענין מלקות דלר"ח דל"ל הואיל כל האופה אחר שסעד אפי' מלקות יש בו שאין כאן זמן הראוי וכמו שאם בישל דבר שאינו ראוי בעצם לוקה כן נמי בזה שאינו ראוי לו בזמן ולא הותר כלל במלאכת אוכל נפש ולר"ח לא משכחת מבשל לנכרי שאין לוקין עליו אלא במבשל קודם שסעד הוא דהשתא ראוי לו והותר מאשר יאכל מהלאו של ל"ת אלא דהתורה חזרה ואסרה מלכם אבל אחר שסעד אם בישל לנכרי לוקה כמו לחול וזהו פשוט מאוד שאין לחלק כלל — ורבה סובר דאמרי' הואיל וא"כ לרבה כל היום כולו הוי זמן הראוי עד בה"ש דהא ראוי שאם יבואו אורחין וממילא דלרבה כל היום כולו אם בישל לחול או לנכרי אינו לוקה דהמעשה הוי מעשה הראוי היום אלא דמ"מ יש בו איסור תורה מלכם, וסברא גדולה הוא דכל שבישל מאכל הראוי בעצם ובזמן שאינו ראוי ללקות על מלאכתו דהא מצד המעשה שעשה ליכא כאן מלאכה האסורה ומש"ה מיעטו קרא מלאו, אלא משום מחשבתו שחשב לחול או לנכרי הדר ואסרו קרא מלכם, אבל אם המאכל אינו ראוי בעצם או בזמן הרי עשה מעשה מלאכה שאינו צריך:

והנה ביארנו שיטת המקרא קודש שהביא השעה"מ שהוא שיטת הר"מ בפירוש, ויצא לפ"ז דכל שהותר ע"י הואיל לא הותר אלא הלאו של ל"ת מלאכה דסברת הואיל עשה את הזמן ראוי דהיינו שיהי' אחר שסעד כמו קודם שסעד משום דאיכא אורחין בעולם שלא סעדו אבל עדיין אסור מקרא דלכם דהא הוא לא בישל לצרכו וכמו מבשל לנכרי יש בו אי' תורה כן לחול דלכם לצרככם של יום משמע וזהו מוכח בפי' מהר"מ דהא לנכרי נמי איכא הואיל וכמ"ש הר"ן ומ"מ אסור מה"ת ועכ"פ מוכח דהואיל לא מהני אלא על הלאו וא"כ כן נמי לחול דאין לחלק כלל וכמ"ש, וממילא דל"ק קושי' הראשונים מהא דשמא ירבה בשבילו דהא אף דאיכא הואיל מ"מ יש כאן אי' תורה — ולא נשאר לנו אלא קושי' השעה"מ דלפ"ז מאי פריך ליה רבה לר"ח הא גם לדידיה קשה איך אופין דאיכא אי' תורה, אבל לפמש"ל לק"מ דכל קושי' רבה לר"ח לא היתה אלא מטעם הכנה דרבה וכמ"ש הרמב"ן ז"ל וכתבנו לעיל דאי לאו משום הכנה לק"מ מסברת התוס' דכל צורך שבת שא"א לעשות לאחר יש לו הכנת היום והוי אוכל נפש וא"כ ה"ק רבה לדידי דאית לי הואיל וליכא הכנה ומותר לאחר דע"י הואיל יו"ט לעצמו הכין ומותר לאחר וכיון שמותר לאחר ממילא דצרכי שבת נעשין ביו"ט דהוי הכנת יו"ט ואוכל נפש ומותר מה"ת ומדרבנן ע"י ע"ת אבל לדידך ל"ל הכי דהא ל"ל הואיל ואיכא איסור הכנה ואסור לאחר וכיון שכן הא לוקה, וא"כ ל"ק קו' השעה"מ דאף דע"י הואיל איכא איסור תורה היינו לחול אבל לשבת כיון דע"י הואיל לא הוי הכנה ממילא מותר דצרכי שבת נעשים ביו"ט וכן אמר ר"א דגזרינן משום מיו"ט לחול דאף דקיי"ל הואיל מ"מ איכא אי' תורה אלא מיו"ט לשבת מותר ויפה כי הבי' בטעמא של הר"מ דהוי משום צרכי שבת נעשים ביו"ט דאי משום הואיל הא איכא אי' תורה ולא מהני ע"ת גם לרבה אלא משום צרכי שבת נעשים ביו"ט, אלא דבלא הואיל ל"א כן דהוי הכנה:

יצא לנו לדינא לדעת הר"מ ז"ל המבשל דבר שאינו ראוי כלל לוקה ולענין מתוך עיין בהה"מ ולמ"מ שם והמבשל דבר המותר וראוי לו אפי' אחר שסעד באופן דאיכא עדיין הואיל לאורחים אלא שהוא אפה לחול או לנכרים ליכא מלקות אבל לכם לא הוי ועובר בעשה ומיו"ט לשבת מותר מה"ת לגמרי ומדרבנן משום ע"ת — ואם אפה בה"ש דליכא הואיל לא מהני ע"ת, ותלי"ת מקום הניחו לי מה"ש לבאר דברי הר"מ ז"ל בדרך אמת:

והנה בדין לחם הפנים הביא הר"מ ז"ל שאינה דוחה יו"ט ולא כתב טעם וגבי שתי הלחם כ' ג"כ שאינו דוחה מקרא דלכם ולא לגבוה — והקשה בטעם המלך ל"ל להר"מ קרא דלכם הא קרא זה ל"א כן אלא ר"ח אבל רבה לא אמר כן ועוד דבלחם הפנים לא הביא באמת שום קרא ע"ש: ולפמש"ל דכל היכא דליכא אי' הכנה לצרכי שבת נעשים ביו"ט ורבה משום הכנה פריך וכדפי' הרמב"ן ולפ"ז בלחם הפנים דאיכא אי' הכנה מיו"ט לשבת ל"ל שום קרא דלכם דבלא"ה אסור דכיון דאיכא הכנה ולאחר אסור א"כ אסור היום בלאו ואינו דוחה וכדלעיל ובלחם הפנים לא שייך סברת הואיל דלדחי אי' של הכנה וליתא דיו"ט לעצמו הכין וכרבה, משא"כ בשתי הלחם דאפי' יו"ט עצמו לא דחי וביו"ט עצמו הא לא שייך לאסור משום הכנה וע"כ דקו' הגמ' משתי הלחם לא היתה משום הכנה אלא משום דל"א לצרכי שבת נעשים ביו"ט ומש"ה גם ביו"ט עצמו לא הותר וכדפרש"י ז"ל וא"כ ע"כ משום קרא דלכם — והלא ראה דהקושי' מלחם הפנים הקשה אותה רבה עצמו על ר"ח ולא הקשה משתי הלחם שהוא ריש? מתני' עד שבא רב מרי והקשה ממנה וזהו פלא גדול: ומזה יצא להר"מ ז"ל דבלחם הפנים דאיכא גביה אי' הכנה הקשה רבה עצמו על ר"ח דרק לר"ח קשה אבל לדידיה לרבה לק"מ דהא איכא הכנה והואיל לא שייך וא"כ אפי' בלאו קרא דלכם נמי לא דחי לרבה שהוא אינו מתיר לצרכי שבת ביו"ט אלא היכא דאיכא הואיל שמדחה אי' הכנה וכדלעיל אבל לר"ח שסובר דמותר בלא הואיל הקשה שפיר: אבל מגישא לא הקשה רבה דהא גם לדידיה קשה וע"כ טעמא מלכם דשם הא לאו משום הכנה דביו"ט עצמו ליכא הכנה עד שבא רב מרי והקשה ממנה על שניהם בין לרבה בין לר"ח ומתרץ משום לכם — ומעתה בלחם הפנים לא הוצרך הר"מ לקרא דלכם כמו שלא הוצרך רבה דמשום הכנה אסור כיון דליכא הואיל, אבל בשתי הלחם הביא קרא דלכם דשם אפי' רבה מודה דע"כ מקרא דלכם הוא, ומשום דיש בזה נ"מ לדינא התחכם הר"מ ז"ל כן דבשתי הלחם אם אפה בדיעבד מותר דליכא אלא אי' לכתחילה לאפות, אבל אם עבר מותר, אבל בלחם הפנים דבלאו קרא דלכם איכא הכנה מיו"ט לשבת אסור אפי' דיעבד כדין הכנה ודו"ק בכ"ז מאוד כי הדברים ברורים בס"ד:

דין ד.

אי בעינן הואיל בדבר שאפשר שיבוא לעולם או לא אלא אפילו בשעבר והואיל במחוסר מעשה.

עוד כי הרמב"ן ז"ל ועוד דהאי הואיל דהתם לאו הואיל דאתי הוא שאפי' זרק ע"מ שיתכפרו בו ערלים לר"ח פסול ואע"ג דלא אפשר ליה לתקוני נפשיה שיהיה ראוי לכפרה כו' ואפ"ה אמרי' הואיל לר"ח כו' שלדברי הכל אין הואיל אלא בדבר שאפשר שיבוא לעולם עכ"ל ובתוס' שם מפרשין הענין דלא כרמב"ן ורק בשחט ע"מ לזרוק פליגי גם בהא דפסח שעברה שנתו? מפרשי התוס' בענין אחר ול"ק על בעה"מ ז"ל. ועל פי' הרמב"ן ז"ל קשה מאוד מהא דפריך כאן אפרישה לא נסייב? ועי"כ צריך לפרש אילו היה כאן דם לפסול קודם שחטה דאי לא"ה אלא אחר שחטה אם יבוא דם לפסול הא לא מהני דלא הוי בעידנא דמעקר ללאו ולא דמי עשה ל"ת אלא בעידנא וא"כ כי פריך הכי אילו הי' כאן דם לפסול קודם ולהרמב"ן הא ל"א הואיל לשעבר אלא בדבר שאפשר עוד שיבוא לעולם ושמעתי שכן הקשה בטור אבן ולע"ג. — ועל דרך חידוד כלענ"ד לתרץ, והקדים ליישב קו' התוס' שהקשו מאי פריך הא יו"ט עשה ול"ת הוי ועוד מאי פריך כתיבה ביו"ט מי שרי הא אף שאסורה מ"מ המעשה דוחה כמו בחרישה. — ונראה דהנה לקמן דף ס"ב מחלק הגמ' לרבה בין מחוסר מעשה דל"א הואיל והקשו בתוס' שם דלפ"ז מאי מהני כאן ראוין לכתוב הא הוי מחוסר מעשה דל"א הואיל ותי' ר"י דמעשה דמילה חשובה טפי ע"ש ונראה לבאר דמש"ה חשובה טפי משום

דהוי

דהוי מצוה, ולכאו' יש לראות הא אמרי' בב"מ כל שבידו לאו כמחוסר מעשה ול"ל דבאמת כן הוא כל שבידו לאו מחוסר מעשה הוי"ק במקום דרחמנא אחשבה למעשה הכ"ה הוי מ"מ מחוסר מעשה כמו מילה דהיא מצוה וכן כ"ל בהא דיומא ס"ב גבי מחוסר הגרלה דאמרי' שם דהוי מחוסר מעשה אף דהוי בידו מ"מ כיון דיש במעשה זו מצוה הוי מעשה חשובה ומחוסר מעשה הוי. ואמנם כאן לענין כתישה יש סברא יותר דאף דהוי בידו לעשות מ"מ כיון דאמר רחמנא לתיי מלאכה וכל שחייב עליה משום מלאכה ודאי מעשה מקרי, אך כ"ז היכא אם כתישה הוי מלאכה דאוי' לחייב עלה אז הוי קודם כתישה מחוסר מעשה אף דהוי בידו אבל אם כתישה לאו מלאכה הוי לענין עליה בל"ת ודאי דלא הוי מחוסר מעשה. דהא הוי בידו ומעשה כל דהוא ולאו מחוסר מעשה לענין הואיל והשתא לפ"ז מתורץ קושי' התוס' דפריך כתישה ביו"ט מי שרי ונ"ל כיון דהוי מלאכה דאוי' א"כ איך נימא הואיל הא מחוסר מעשה כתישה וכתישה כיון דהוי מלאכה ורחמנא אחשבה הוי מעשה גמור — ול"ק קו' התוס' דעשה דוחה גם כתישה דהא אהואיל פריך דכיון דהוי מעשה ליכא הואיל דלא חזי לדש לפטור בלא מעשה וכל דמחוסר מעשה ל"א רבה הואיל וכתישה מחוסר מעשה, ומשני ראוין לכתשן כלאחר יד דלא הוי מלאכה דאוי' וא"כ במעשה כל דהוא לא הוי מחוסר מעשה דלא אחשבה רחמנא ויש כאן הואיל. — ואמנם ליישב קו' התוס' דמאי פריך אכתישה לא לחייב הואיל וחזי הא יו"ט הוי עשה ול"ת ולא דחי עשה, וגם ליישב מה שהקשתי על הרמב"ן ז"ל:

ונראה דהנה בתוס' לקמן דף פ"ד הביאו בשם ר"ת דהא דאוכל נפש מותר ביו"ט הוי משום דעשה של שמחת יו"ט דוחה ל"ת של מלאכת יו"ט — ולפ"ז יש ללמוד דעשה של כסוי דם נמי דוחה ל"ת של מלאכת יו"ט מק"ו מה אוכל נפש שהוא לצורך הדיוט דוחה ל"ת ועשה של מלאכה מכש"כ כסוי שהוא לצורך גבוה ודאי דחי וכן איתא במנחות דף ה' שכל המצות הם לצורך גבוה ואמרינן נמי ביבמות מפסח ותמיד לא ילפינן עשה דוחה ל"ת שבכרת משום לצורך גבוה וא"כ מדמזינן שלצורך הדיוט דוחה מכש"כ כסוי שלצורך גבוה — אלא שדי' ר"ת הי' תמוה מאוד דאוכל נפש הותרה ולא נדחה והא ראיה דאמרינן מתוך שהותרה לצורך הותרה שלא לצורך ואי רק נדחה א"כ ליכא למימר מתוך, אך מ"מ י"ל דבאמת בהא פליגי הני תנאים דפליגי בשבת מתוך מאן דסובר מתוך הוא סובר אוכל נפש הותרה לגמרי ומאן דלא סובר מתוך הוא סובר אוכל נפש רק נדחה. — והנה לפרש"י בסוגי' דמתוך מוכח דרבה ור"ח לא ס"ל מתוך דאי סברי מתוך א"כ בלא הואיל נמי הא איכא מתוך וכקו' התוס' שם ע"ש. — והשתא מתורץ קו' התוס' איך דחי עשה דכסוי ל"ת ועשה דהא קו' הגמרא לרבה הוא והוא הא ל"ל מתוך וסברתו משום דאוכל נפש נדחה וא"כ כמו דשמחת יו"ט דוחה עשה ול"ת של מלאכת יו"ט מכש"כ דכסוי דהוי לצורך גבוה דוחה אותם ושפיר פריך אכתישה לא לחייב וקשה לרבה, ובזה מתורץ גם קו' על הרמב"ן דהא דבעינן בעידנא היינו בהכשרו דילפינן מכלאים או מילה בצרעת כדאמר בשבת דמש"ה בעינן בעידנא דומי' דכלאים אבל לרבה דיליף לכסוי שדחי מאוכל נפש וא"כ הא אוכל נפש לא הוי בעידנא ומ"מ דחי דהא בעידנא שעושה מלאכה עדיין אינו מקיים עשה של שמחת יו"ט ומ"מ דחי וכן כסוי דמינה ילפינן ופריך שפיר אף דל"א הואיל למפרע מ"מ הואיל ויכול לבוא דם לפטור אחר שחרה ובעידנה ל"ל לרבה לשיטתו — ובזה יש ליישב מה שהקשו על הר"ת ז"ל שפוסק אכתישה ביו"ט חייב ולא סבירא הא דמסיק כאן לרבה שאינו חייב אלא במתוכתא וכיון דפוסק כרבה הי' לו לסבירא כן, ואמנם לפמ"ש א"ש דכל הא דמסיק כן היינו לרבה דאינו סובר מתוך ועי"כ אוכל נפש נדחה וכסוי נמי דחי וכמ"ש משא"כ הר"ת סובר מתוך ואוכל נפש הותרה וא"כ אין כסוי דוחה ל"ת ועשה ול"ק קו' הגמ' וחייב שפיר אכתישה בכל אופן וזהו דבר נאה ומתקבל בס"ד — והא שצריך הר"ת לסברת הואיל אף שסובר מתוך יבואר אי"ה בסוגי' דמתוך:

דין ה.

הואיל אי בעי מיתשל עלה.

בלענ"ד דאפי' למאן דסובר הואיל אי בעי מתשל עלה היינו דמכח הואיל זה שחשבינן להדבר כשלו ואמרינן דלא יצא עדיין מרשותו משום הואיל זה אבל בדבר דנאו משום שלו אסור ואין שאיסור או החיוב תלי' בשלו או אינו שלו לא מהני הואיל זה כלום, וראיתי דאי נימא דמהני הואיל ואי בעי מיתשל עלה בב"מ א"כ קשה אמאי חייבה התורה על שחוטי חוץ הא אי מיתשל עלה באמת פטור וכמ"ש הרשב"א ב"ב קי"ד והביאו השל"מ וא"כ אפי' לא מיתשל נימא הואיל ואי בעי מיתשל ויפטור עוד הקשו האחרו' ז"ל אמאי לוקה על שחיטת נדרים ונדבות ביו"ט לב"ה נימא הואיל ואי בעי מיתשל עלה ויהי' חולין, ואי דהוי חולין בעזרה הא מ"מ לא ילקה על חולין בעזרה וא"כ יפטור גם בנדרים ונדבות ממלקות דכל שיכול להפטר ממלקות ע"י הואיל לא לקי, וכמדומה שכן הקשה בטור אבן על חגיגה, הן אמת דאין אילו קו' חמורות דיכול להיות כששחט אחר ולא שבעלים כי כן הפשוט ואם כן האחר ודאי חייב ולא יכול להפטר משום הואיל ומיתשלי בעלים עלה, אבל האמת כ"ל כמ"ש דדוקא בהא דחמץ שהוא עובר משום דהוי שלו אמר הואיל דהיינו שע"י הואיל לא יצא מרשותו ועדיין שלו אבל בהך דכו"כ דלא משום שאינו שלו לוקה אלא משום דעשה מלאכה בדלא חזי לו ולאו אוכל נפש בהא לא מהני הואיל דהא אף אי נימא הואיל והוי שלו מ"מ לא חזי ליה ולא מהני הואיל במאכל שאינו ראוי לעשות ראוי ע"י הואיל דהא מ"מ כמות שהוא עתה אינו ראוי לאכול, ואף דאמרי' הואיל אי מקלעי אורחים היינו משום דמאכל ראוי ולא חסר אלא אורחים, אבל כל שצריך לשנות המאכל וכמו שהוא עתה אינו ראוי כלל לא מהני הואיל — ועוד דלענין חמץ וב"י מהני שפיר דהוי עכ"פ תלוי בידו משום האי הואיל ולא גרע משל נכרי וקע"א דהוי בלא ימצא אבל במקום אחר לא מהני הואיל זה כנ"ל:

דין ו.

אם מותר לשחוט בהמת נכרי כדי ליטול בשר ביו"ט ודין עיסה חצי של ישראל וחצי של נכרי.

בדין זה פליגי הט"ז והתבו"ש הט"ז אוסר דלא אמרו אלא חצי של ישראל דהיינו שיש לישראל חלק בה אבל אם אין לו שום חלק בה אלא שיקח אח"כ דומה לנו"נ שעיקרן לגבוה והתבו"ש השיב דלא דמי דכאן עיקר שחיטתו משום שהוא צריך לבזית בשר ואין חילוק בין בהמה שלו לשל נכרי כלל דלא קרינן לכם ולא של נכרים אלא ולא לנכרים ע"ש, ובאבני מלואים כ"ל שזהו תלי' בפלוגתא שבין הרי"ף והרא"ש והר"מ ז"ל דלהר"מ שמתיר בבני העיר בקמח שלהם א"כ סובר כהתבו"ש אבל הרי"ף והרא"ש דאמרי היינו טעמייהו משום דהוי קמח של נכרים ועיקר של נכרי ע"ש בסוף. — ולענ"ד אין להוליד חדשות בדעת הרי"ף ולומר שכוונתו הסברא שחידש הט"ז ולחלק בין בהמת ישראל לשל נכרי דאין זו שום סברא אלא כמ"ש התבו"ש ואין זה דומה כלל לנדרים ונדבות ולא למה שהביא הא"מ בשם ריב"א ור"י בשבת כו' לענין שריפת קדשים דכללא דמילתא כל שהישראל שוחט או אופה לעצמו ולא לנכרי ודאי מותר ובנדרים ונדבות שוחט לגבוה וכל עיקר שחיטתו לגבוה אלא שגם הוא נהנה אח"כ וכן בשריפת קדשים עיקרה של מלאכה למצוה ולגבוה אבל מי ששוחט של נכרי בשביל שיאכל הישראל הלא לא לנכרי שוחט אלא לו ואין שום חילוק בין אם קנה בשר קודם לאח"כ מ"מ הוא לא שוחט בשביל נכרי כלל והא ראיה דנכרי אין לו צורך בשחיטת ישראל אלא כל שחיטתו היא לצרכו ולכן בתר צורך המלאכה אזלי' שכל מלאכה שהיא לצורך ישראל הותרה התורה ולא חילוק בין אם המאכל של נכרי או של ישראל וזהו ברור:

ודונה מהר"מ ז"ל ודאי מוכח כהתבו"ש דהא הר"מ מתיר בקמח של בני העיר על סמך שלא יקפיד ליכוקא וכמ"ש הא"מ — ואמנם מ"מ דהרי"ף סובר כהט"ז ליתא ואין מש' הרי"ף שום ראיה, לא מבעי לפמ"ש הר"ן והמ"מ בדעת הרי"ף דהוא מוקי לה לכא דר"ה בשל ישראל ואסור למפלגי בליסה ומש"ה אוסר וא"כ לדידא מודה הרי"ף לדעת הר"מ דבל שהקמח של נכרי מותר ואין כאן מחלוקה וא"ל אין ראיה להט"ז, אלא אפי' לפמ"ש הרא"ש על הר"מ שיהא כתב אף שלא הסכים לדעת הרי"ף וכלא מדבריו ז"ל דהר"מ והרי"ף חולקים לדינא, מ"מ כ"ל דאין כאן ראיה להט"ז כלל ולא בהא פליגי וכמו שאבאר — דהנה לכאו' ודאי קשה על הרא"ש מנ"ל דפליגי הא יש להשוות דעתן וכמ"ש הר"ן דהרי"ף מודה להר"מ בשל נכרי, ועוד קשה מאוד הא דעת הר"ן ברי"ף ז"ל מוכרחת דקודם לזה הביא הרי"ף הך דר"ה בעיסה חציו של נכרי דאסור ופי' בטעמא כר"ח משום דאפשר למפלגי בליסה ומוכח מינה שאם א"א למפלגי וכגון שאין הנכרי מניחו לישראל למפלגי או שכן הותנו שלא לחלוק עד אחר אפיה מותר לאפות וא"כ ע"כ הא דאוסר הרי"ף בבני באגי מיירי בשל ישראל דאפשר למפלגי וא"כ מודה להר"מ, וראיתי בא"מ שתמה כן על המ"מ ונ"ל שהרא"ש סובר דהר"מ מיירי אפי' בשיש לו פת אחר לאפות ולתתו לתינוק ומש"ה סובר שחולק על הרי"ף והקשה להמ"מ שפי' דברי הר"מ כהר"ן א"כ לא פליגי ומה ראיה מביא המ"מ מהרא"ש כיון דהרא"ש ע"כ פי' אחר יש לו ופליגי וע"ש מה שתירץ על המ"מ — והנה לפי מה שפי' הר"מ דהרא"ש מוקי להר"מ אפי' בשיש לו פת אחר לתינוק או אפי' אין לו תינוק כלל והתיר הר"מ משום הואיל וא"כ לפ"ז לא פליג עם הרי"ף בעיקר דינא של אפשר למפלגי דגם הרי"ף סובר היכא דא"א למפלגי בליסה ויש כאן תינוק שצריך לפת דמותר אלא דהרי"ף אוסר היכא שא"צ התינוק לפת וא"כ נדחו דברי הגאון ט"ז מכל הני ראשונים ז"ל דכל שצריך הישראל באמת לאכול ליכא מאן דאסר:

והנה שבשטמ"ק והרמב"ן ז"ל בסוגי' דהואיל כ' דהא דהתיר ר"ה בבני באגי משום הואיל דכל חדא חזי' לתינוק התיר והבעל המאור כ' דמש"ה אדמי מריב"ל משום דר"ה הי' סובר הואיל וכרבה ואף שכתב עוד אי' דרבנן מ"מ בשעת הדחק וכהני בני באגי שמשוינין לאפות

לאפות לחול התיר לגמרי וריב"ל אינו סובר הואיל כלל ומדגזר שמא ירבה מוכח דהוא איסור תורה ולא קי"ל כרבה אלא כר"ח ע"ש: — והרמב"ן כ' ג"כ דר"ח ע"כ משום הואיל התיר מדהתיר ולא חילק בין אית ליה יניקא ללית ליה יניקא אלא שהרמב"ן ז"ל סובר דלא כרבה סברת הואיל מריב"ל והא דאוסר וגזר אטו ירבה בשבילו היינו דעכ"פ מדרבנן אסור וגזרי' הך משום אי' דרבנן במילתא דשכיחא. ולפי דבריהם ז"ל קשה לי היכי מוקי לה להא דר"ח אי מיירי שהקמח של נכרי באופן דא"א למפלגי בלישה א"כ אין לגרוס ופליגי אהא דריב"ל דהא ריב"ל מיירי בשל ישראל ומודה ר"ח דאסור ואי מיירי ר"ח בשל ישראל ואפשר למפלגי בלישה א"כ למה אמרו שנדחו דברי ר"ח משום שהוא סמך על הואיל ובהואיל נשאר עוד אי' דרבנן הא כל דאפשר למפלגי בלישה נראה דאיסור תורה יש כאן דלהם ולא לנכרים ובלאו איסורא דנשאר ע"י הואיל ועוד אפי' אם בלא הואיל כלל כגון שהוא צריך לאותו פת נמי אסור כל שאפשר למפלגי וזהו טעמו של ריב"ל דאמר גזירה שמא ירבה וא"כ לאו משום אי' שנשאר ע"י הואיל: ונראה שהם מוקי לדר"ח בשל נכרים דא"א למפלגי וליכא אלא איסורא דהואיל דר"ח אי הוי אומר להתיר למי שיש לו יניקא וצריך לפת לא הוי שום איסור דהא א"א למפלגי בלישה ואדעתא דידיה קא טרח אבל הוא התיר אפי' בלית ליה יניקא או אפי' אית ליה אלא שלא צריך לפת וע"י הואיל התיר ואי קשי' דא"כ איך פליג ריב"ל הא בשל ישראל מיירי ואפשר למפלגי ומודה ר"ח דאסור לק"מ דהא אי אמרי' הואיל א"כ בגוונא דריב"ל שהישראל מרבה לנכרי משלו והלא ע"י אוכל אלא שרוצה להזמינו וליתן לו לאכול א"כ איכא סברת הואיל בכל הקדירה דהיינו שאם יזדמנו לו אורחים אם ירצה יכול ליתן להם כל המאכל דהא שלו היא ואינו מחויב ליתן לנכרי אם לא ירצה וא"כ אפי' אפשר למפלגי מה שהוא או תינוק אוכל ממה שהרבה מ"מ מותר מטעם הואיל ואי מקלעי אורחין ישראלי' יתן להם הכל א"ו דלא אמרינן כלל הואיל לפי' בעל המאור ז"ל ולהרמב"ן ז"ל נשאר עכ"פ אי' דרבנן וזהו ופליגי אדר"ח שהתיר לגמרי ע"י הואיל:

ולפ"ז יצא לנו דבגוונא דמיירי בה ר"ח וכן באותו עגל במעשה דשמעון התימני שהוא מחויב ליתן לנכרי על כרחו אם הוא של ישראל ואפשר למפלגי חלק דידיה יש כאן איסור תורה מדר"ח דכל שעל כרחו חלי' של נכרי ואי שלו אפשר לחלוק א"כ לנכרי טרח ואסור מה"ת וכל שלא אפשר למפלגי שהוא של נכרי אם היא צריך באמת לחלקו אין כאן איסור כלל ומותר לגמרי דלדידיה קא טרח ואם אינו צריך או לית ליה יניקא אז מותר מטעם הואיל על חלקו ונשאר עדיין אי' דרבנן ואסור מדרבנן להרמב"ן ז"ל אפי' בגוונא דאוכל כגון לבני חיל דהיא לא מחלק בזה מדאמר ופליגי. — ואם הוא מרבה לנכרי משלו באופן שאינו מחויב ליתן לנכרי כלל אם לא ירצה א"כ איכא הואיל בכל המאכל והוי כל המאכל כאותו חלק בהא דבני באגי שיתן ליניקא וליכא אלא אי' דרבנן שנשאר ע"י הואיל וזהו דמדמי להו שגמי אהדדי הא דריב"ל לגבי דר"ח בקמחא של בני חילא דלא קפדי. ויש לו חלק ליניקא וא"א למפלגי אלא דאין כאן יניקא ומש"ה הם דומין דבהא ובהא איכא סברת הואיל אלא דבדר"ח איכא הואיל על חלק היניקא ובדריב"ל איכא על הכל. — וזהו דלא כר"ן ומ"מ שכתבו דלמאן דמוקי הא דר"ח בקמחא דנכרים דא"א למפלגי בלישה א"א לגרים ופליגא דריב"ל דהא הם אפשר למפלגי ומודה ר"ח וכדפסק הש"ס לתרץ הך ופליגי דלא קאי על ר"ח ולפמ"ש בשם הרז"ה והרמב"ן ז"ל א"ש הגירסא דאי הוי אומר ר"ח להתיר למאן דאית ליה יניקא וצריך לפת לא הוי פליג ריב"ל דכאן מותר משום דא"א לחלק חלקו ומותר לגמרי והם א"א להתיר אלא משום הואיל ונשאר אי' דרבנן או אי' תורה לבעל המאור, או לפמש"ל אפי' לדידן נשאר בהואיל לנכרים אי' תורה אבל מדהתיר ר"ח בלא קפדי בין אית ליה יניקא ובין ל"ל ודאי פליגי דהא הוא התיר משום הואיל לגמרי ול"ק קו' הר"ן והה"מ — ולפמ"ש יש ליישב מה שהקשה הט"ז על הא שאמר לו ר"י בן בבא יצא שכרכם בהפסדכם והיינו שחללו יו"ט וקשה דאיך נחשב שכר המזון לעומת חילול יו"ט כלל ועי"ש בט"ז — ולפמ"ש א"ש דודאי כל שהעגל של נכרים וא"א למפלגי ליכא אי' תורה אלא שלא הי' צריכים לחלק היניקא כלל שכבר סעדו ומטעם הואיל התירו וע"ז ניחא להם דמ"מ איכא איסור דרבנן עכ"פ אבל אי' דאורייתא אין כאן דאיכא הואיל וזהו דפריך על ר"ח למה שהתיר אפי' בלא יניקא והם הא אסר להם, והיינו לפי האמת דקיי"ל כריב"ל והם מיירי בעגל כשר הכי מפרשינן לה, אבל ר"ח מוקי לה בעגל טריפה ועיין שם בט"ז שכל מה שהאריך הם אין צורך לפמ"ש בשם הני ראשונים ז"ל והדברים ברורים בס"ד — והשתא נבוא לדעת הר"מ והראב"ד, הנה הר"מ התיר בקמח של חיל ואם הי' מתיר בא"ת לי' יניקא ובצריך לו פת לא הי' חולק על הרי"ף כלום דהא דכי הרי"ף וליתא לדר"ח הוי פירושא להראשונים הנ"ל דליתא למה שהתיר אפי' ל"ל יניקא דאפי' א"א למפלגי בלישה מ"מ אינו מותר אלא ביש לו יניקא — אבל הראב"ד הי' סובר בהר"מ ז"ל שהוא מתיר אפי' אין לו יניקא כלל וכר"ח וכן משמע מדלא כי הר"מ באם יש לו יניקא א"ו דבין כך ובין כך הותר ומש"ה כי הראב"ד דפליג על הרי"ף וזהו כוונת הר"מ שם שהבאתי לעיל ודו"ק — אמנם קשה לי על הר"מ ז"ל דהא לפי מה שהוכחתי לעיל בדין ג' דלהר"מ נשאר ע"י הואיל עוד איסור תורה אלא דאינו לוקה אבל אסור מה"ת מלכם וכמו שהוכחתי שם מהא דכי הר"מ דמש"ה אינו לוקה על נכרים משום דאיכא הואיל וא"כ מוקי לה לקרא דלהם בהואיל וע"מ איכא קרא דלהם ולפ"ז תקשה מאוד אם הר"מ התיר כאן אפי' באין לו יניקא כלל ולא צריך לפת זה אינו אלא מטעם הואיל וא"כ הא יש כאן עוד איסור תורה — בשלמא אי הוי רק אי' דרבנן ע"י הואיל לא הוי קשה איך יתיר אי' דרבנן דס"ל משום אוכל התיר וכמ"ש הבעל המאור, אבל לפי מ"ש דאיכא אי' תורה קשה וע"כ צ"ל דהר"מ שהתיר לא התיר אלא באופן שיש לו יניקא וצריך לפת ודלא כמ"ש הה"מ ולע"ג, ואי קשיא הא ר"ח ע"כ התיר אפי' בליתא ליניקא ומטעם הואיל דאי מיירי באיתא וצריך באמת לפת א"כ מאי פריך מעגל הא שם מיירי אחר אכילה דהא אמת אמר וכן כתב הט"ז וא"כ מש"ה אמרי ר"י ב"ב שילא שכרם בהפסדם א"ו ע"כ דר"ח ג"כ התיר אפי' אי ליתא אלא מטעם הואיל וא"כ קשה איך התיר הא ע"י הואיל נשאר אי' תורה לנכרים לק"מ דהא פליג ר"ח באמת עם ריב"ל דר"ח סובר דע"י הואיל ליכא איסור ומוקי לקרא דלהם ולא לנכרים בדליכא הואיל וכגון שבישל דברים אסורים וכמ"ש הר"ן וריב"ל דאוסר מה"ת להרבות בשביל נכרי סובר דאיכא אי' תורה וכן פסק הר"מ לדינא והר"מ שהתיר לבני חיל ע"כ בדאיכא יניקא: ונראה ליישב דעת הראב"ד לפמ"ש הר"מ דהר"מ התיר אפי' בא"ל ליניקא אותו פת ודלא כהרי"ף שאוסר וטעמו של הר"מ משום אנכו שמחויב הוא לאפות לבני חילא אמרי' שגומר בלבו לאכול כזית פת אפי' א"ל לו וכן שרינן בבהמה מסוכנת מה"ט אפי' אחר שהעיד וא"ל מ"מ משום הפסד ממונו ומשום הפסד ממונו גמר בלבו לאכול כזית ופרש"י שמאכל עצמו לאכול והוי כצריך לכזית ביו"ט וא"א לכזית בלא שחיטה וכיון שמותר כן לר"ח דל"א הואיל כן נמי לדידן שנשאר ע"י הואיל אי' תורה היינו היכא דלא הוי אוכל אבל היכא דהוא אוכל לאפות אמרי' שגומר בלבו לאכול כזית מתוך שאוכל והוי כמו שצריך באמת ול"צ להואיל וזהו שחולק על הרי"ף דהרי"ף אינו מתיר אלא אם צריך באמת וזהו ברור מאוד: ובזה מיושב לי הא דנקיט הר"מ דין זה בבני חיל דוקא והי' קשה לי בשלמא בגמ' הביא מעשה שהי' כן בהכי בני באגי אבל לדינא למה נקיט הר"מ דוקא בכה"ג הא כן הדין בנכרי שנתן לישראל לאפות אם לא יקפיד על כפתא לתינוק מותר לאפות לו באופן דא"א למפלגי בלישה א"ו דהא דמותר בשאר נכרי היינו אם הוא צריך באמת לאותו פת ודין זה כבר כתב הר"מ דעיסה חלי' של נכרי אסור משום דאפשר למפלגי בלישה ומוכח דאם א"א הוי כבהמה דא"א לכזית בלא שחיטה דמ"מ. אבל כאן כי הר"מ סתם ומתיר אפי' בלא יניקא או בלא צריך והיינו ע"כ רק בבני חיל שהוא מחויב לאפות והוי אוכל משא"כ בשאר נכרי אסור כה"ג בהואיל כן נ"ל ברור מאוד בדעת הראב"ד ולפ"ז לא גרים ופליגי:

ודע דלפמ"ש בדעת הרי"ף דהא דאמר וליתא לדר"ח היינו במה שהתיר אפי' לית לי' יניקא אבל אי צריך באמת לפת מותר וליכא להקשות הא הרי"ף סתם דבריו דליתא לדר"ח ומשמע בכל גוונא ליתא דזה לק"מ דאם צריך לפת ובשל נכרי דא"א למפלגי בלישה ל"צ הרי"ף לפרש דמילתא מוכח דמותר ממה שנתן טעמא מתחילה בעיסה חלי' של נכרי משום דאפשר למפלגי וממילא ידעינן שפיר דכל דא"א לחלק מותר ולא בא לדחות הא דר"ח אלא במה שהותר יותר אפי' בל"ל יניקא:

יצא לנו מכל מ"ש שיש לנו שלשה שי' בסוגי' דלהר"ן הרי"ף והר"מ שוים דליכא להתיר בקמח של נכרי וא"א לחלק אלא דהרי"ף גורס ופליגא משום דמוקי לר"ח בשל ישראל וכן פרש"י והר"מ לא גרס ופליגי דמוקי לה בשל נכרי וליכא פלוגתא. — ולהרמב"ן ובעל המאור ז"ל דלעיל גרסינן ופליגי אלא דלא פליגי למכין אפשר למפלגי דגם ר"ח בשל נכרי מיירי אלא שהתיר אפי' בליתא ליניקא משום הואיל וע"ז פליגי אדריב"ל ואין לומר דהם מודה ר"ח משום דהוי של ישראל ואפשר למפלגי זה אינו דע"י הואיל הכל ראוי שם לאורחין אלא ודאי דלא שרינן ע"י הואיל לגמרי ור"ח לגמרי התיר. ולהראב"ד בשי' הר"מ ג"כ לא גרסינן ופליגי אלא דהראב"ד סובר דלא כר"ן אלא דהר"מ חולק עם הרי"ף בהא דהר"מ התיר אפי' בליתא ליניקא והרי"ף כי דליתא לדר"ח וממילא דאוסר בליתא ליניקא מטעם הואיל והר"מ מתיר ואף דבהואיל איכא אי' דאו' מ"מ לא משום הואיל מתיר אלא משום אוכל הוי כצריך לכזית שמאכל עצמו לאכול כמו במסוכנת:

ולענין דינא בעיסה של נכרי ובאופן דא"א ליטול חלקו קודם מותר לכ"ע וכמבואר בלשון הרי"ף והר"מ שאמרו טעמא דעיסה חלי' של נכרי משום דאפשר למפלגי ומוכח דכל דא"א והוא צריך לפת מותר לכ"ע וממילא שגם בבהמה ודאי מותר ודלא כהשי' וכמ"ש לעיל. ואמנם דוקא היכא שצריך לפת אבל משום הואיל לא שרינן בשאר נכרי אלא בגוונא דבני באגי דאיכא אוכל וכמ"ש הר"מ והש"ע ואז מותר אפי' בליתא ליניקא ואף דהרי"ף פליג אף בכה"ג מ"מ כהר"מ קיי"ל.

ועיסה חלי' של נכרי ואפשר למפלגי בלישה אי אסור מה"ת או לא נראה דמוכח לכאורה מהר"מ דלא הוי איסור תורה דהר"מ

פסק בעיסת כלבים מותר אם הרועים אוכלים ממנה וכו' קשה ומשמע אפי' לא"ל נבילה ומטעם הואיל וקשה הא ע"י הואיל כשאר אי' תורה לפמ"ש לעיל וכן הקשה בלח"מ ותי' דהך אפשר למפלגי בליסה אין זה טעם ברור כ"כ והא ראיה דרבה מכילאי פליג אסברא זו והקשה מעיסת כלבים ולכך ע"י הואיל מותר לגמרי ע"כ ולא ביאר שום טעם בדבר.

ולענ"ד נראה לתרץ הדברים בטוב טעם וגם על הגמ' קשה דמתרץ משום הואיל ופריך ומי א"ל לר"ח הואיל וקשה הא אפי' לרבה ג"כ קשה הא ע"י הואיל כשאר עוד אי' תורה להר"מ ז"ל. — ונראה לי לחדש בה דבר דהנה הראשונים פליגי אי רבוי בשיעורין ביו"ט הוי לאו' או לא כמבואר בר"ן וריטב"א. — וי"ל דהר"מ סובר דרבוי בשיעורין אף שהיא אי' תורה ביו"ט כמו בשבת מ"מ היינו במה שאסור מלאו דלא תעשה מלאכה ובהא אסורה המלאכה אפי' רק ע"י רבוי ובלא ערמה בפני עצמה משא"כ היכא דליכא לאו דלא תעשה מלאכה ורק אסורה משום לכם בהא ליכא אי' ברבוי בשיעורין מצד הסברא דבשלמא מלאכה שהיא בלאו אמרינן שפיר דאף רבוי בלא ערמה הוי מלאכה אלא שלא ערה בה בפני עצמה אבל מ"מ אסורה דהוי ג"כ מלאכה אבל בהני דליכא בהו לאו של מלאכה כלל וא"כ מלאכה זו מצד מלאכה ליכא בה אלא שהתורה אמרה שאף מה שהותר לא הותר אלא לכם ולא לנכרים או לכלבים ואמרם אמרינן דוקא לנכרים לאודא ולכלבים לאודא אסורה אבל אם מבשל לכם ולנכרים בחדא ערמה לא מצינו בתורה איסור דאכן דייקינן לכם מותר ולא אינו לכם ואינו לכם אסור וא"כ הא זה לכם קרינן ביה דלא הוי אינו לכם דהא לכם הוי אלא דהוי נמי לנכרים ולא אסרה התורה בשלמא אי הוי כתיב בפי' שלא לבשל לנכרים ה"א איסורא אבל הא לא כתיב אלא לכם. ועוד בלא"ה יש לחלק בין המלאכה שהיא בלאו לבין לנכרים שאינה אלא בעשה ועלאו הותרה ויותר מזה כלו הראשונים לחלק ברבוי שיעורין בין שבת שהיא בסקילה ליו"ט שהיא בלאו וא"כ ודאי שיש לחלק כמ"ש. ומעתה לק"מ דעיסה שהיא של נכרי וחצי של ישראל דעל של נכרי הוי בל"ת מלאכה דהא הר"מ סובר דכל הני דמלכם שייכי בהו הואיל ומש"ה אין לוקין ולא הוי הלאו בלאו הבא מכלל עשה דלכם כמ"ש בפי' המבשל לגוי או לבהמה או לחול אינו לוקה משום הואיל וא"כ לכם מיירי דאיכא הואיל והוי אוכל הראוי היום והותרה מכלל ורק מלכם נאסרה וא"כ בחצי של נכרי דליכא שום הואיל דהא אפי' אם יבואו אורחין לא יוכל ליתן להם חלקו של נכרי וא"כ כל דליכא הואיל הוי מאכל שאינו ראוי לו כלל והוי בל"ת ומש"ה אף שאפה בשביל חלקו וליכא רק ערמה אחת מ"מ הוי רבוי בשיעורין וכמו שאם הי' מפריש חלקו של גוי ואופהו הי' חייב כן נמי עתה איכא אי' תורה דהא אפשר למפלגי. — משא"כ בעיסת כלבים שהרועים אוכלים ממנה כיון דעל חלק הכלבים איכא הואיל ואפשר לפייסן בנבילה וא"כ אף אם הי' אופה הכל לכלבים לא הי' לאו אלא עשה דלכם השתא שאופהו עם חלק הרועים בערמה אחת ולא הוי רק רבוי בשיעור מותר לגמרי. וזהו דפריך בגמ' ומי א"ל לר"ח הואיל דלרבה הוי ניחא דסובר הואיל וליכא לאו אבל לר"ח איכא לאו של ל"ת מלאכה ורבוי אסורה ג"כ מה"ת וזהו כפתור ופרח. — והא דגזרינן גזירה שמא ירבה בשבילו היינו שמא ירבה בקדירה אחרת לנכרי לבדו ולא לישראל כלל ויהיה מערים לו לבדו ואיכא אי' תורה אף דאיכא הואיל וכמ"ש לעיל:

הן אמת דלפמ"ש יצא לנו לדעת הר"מ ז"ל שסובר בפי' דמש"ה אינו לוקה על מבשל לנכרים משום דאיכא הואיל ואי מקלעי ליה אורחין. ולפמ"ש לא שייך הואיל זה אלא במבשל שלו לנכרי אבל במבשל של נכרי עצמו ליכא הואיל ולוקה ומשכחת מבשל לנכרי דלוקה כגון של נכרי. ובהא מיושב קו' התוס' כאן שהקשו אמאי סופג את הארבעים בכורה חלות דבה ליתא הואיל ואי מקלעי אורחין חזי ליה והשתא משכחת לה להר"מ בשל נכרים דליכא הואיל. — אלא שראיתי בנוב"י שם בתשו' זו סי' כ"ט שהקשה על הש"י שאוסר בשל נכרים אפי' אם הישראל נהנה א"כ מהתוס' שהקשו אמאי לוקה ולמה לא מוקי התוס' בשל נכרים וכו' שם א"ו אפי' בשל נכרים אם יזדמנו לו א"כ ויקנה מהנכרים לא עשה אי' למפרע וחזי ליה לקנותו עכ"ל וא"כ סובר הנוב"י דאפי' בשל נכרי שייך הואיל ונדחה מ"ש לדעת הר"מ לחלק בין חצי של נכרי. — אך אמנם דברי הנוב"י ז"ל תמוהים כאשר תמה עליהם האבני מילואים ז"ל הא כל שצריך לקנותו לא"א הואיל וכמ"ש התוס' במוסר ממון ובשל הקדש לא"א הואיל אי בעי פריק. — והי' לי לתרץ דבריו ולחלק דמ"ש התוס' דל"א הואיל ואי בעי פריק היינו להם ניחא דהוי שלו לעבור ב"י משום הואיל זה ולא אמרינן דהוי שלו משום אי בעי פריק למוסר ממון משא"כ הכא דלא צריך אלא שיהי' חזי ליה באיזה אופן שיהי' וכיון דאיכא משכחת דחזי ליה אף ע"י קנין קנין מ"מ הו אינו לוקה כמו שאינו לוקה ע"י שמא יבואו אורחין כן הי' נראה לחלק. — אבל מה אעשה דמוכח מתוס' דכאן ד"ה עיסה דלא כנוב"י דהקשו אמאי לא מותר מטעם שאופה כאחת יפה ותי' דשאני התם דאיכא הואיל ומקלעי אורחין משא"כ הכא דחצי של נכרי. — ולהנוב"י הא גם כאן איכא הואיל אי מקלעי אורחין וקנה לחצי מנכרי ואמאי אוסר ואף דאליבא דר"ח קיימינן דלא"ל הואיל כלל מ"מ הא התוס' כלו להשוות הדין של ר"ח אפי' למאן דאית ליה הואיל וכן האמת. — ועוד דמגמ' מוכח כן דרבה מכילאי פריך ליה מעיסת כלבים ומשני שאני התם דאיכא הואיל ופריך הא ר"ח לא"ל הואיל ומשמע דלמאן דאית ליה הואיל א"ש הך מימרא דשאני התם דאיכא הואיל וקשה מי ניחא הא גם כאן איכא הואיל כמו שם וכמו דמותר בעיסת כלבים משום הואיל ואפשר בנבילה כן נמי הכא איכא הואיל לאורחין וקנה ליה וחזי ליה. — אלא ודאי מוכח דבעיסת נכרי ליכא שום הואיל ודלא כנוב"י. וכמדומה לי שכן הביא גם בא"מ ואינו כעת תחת ידי. ועכ"פ נדחו דברי הגאון נוב"י ז"ל ומה שכתבתי לעיל קמה' ונצבה ותו לא מידי:

דין ז.

אי מותר להוציא יו"ט ע"ש בה"ש – לשבת.

הנה לכאורה לפי הנראה אסור להוציא יו"ט בה"ש לשבת כמ"ש המ"א סי' תקכ"ז דהא דמותר ע"י ע"ת לאפות ולבשל היינו משום הואיל וא"כ בה"ש אסור דאכן לא ק"ל כר"ח ולרבי שבת לא נעשין ביו"ט וא"כ הוצאה נמי מלאכה היא ואסור, אבל אחר העיון נ"ל דמותר דהנה כבר הבאתי לעיל דעל מה שכ' המ"א דאע"ג שכ' התוס' דלא שייך הכנה באפי' ובישול הקשה בהגהו' סוף המ"א והניחו בצ"ע דהא אפי' אי לא שייך הכנה מ"מ הא איכא לא תעשה מלאכה וע"ש מה שכתבתי לתרץ ושכן כ' הרמב"ן דקו' של רבה על ר"ח האיך אופין היתה משום הכנה ע"ש — וע"ש מ"ש בד"ה ובהשקפה לאשורה, והשתא נ"ל לאמת תי' זה שכתבתי שם דהא שפירשו קו' רבה משום הכנה ה"ע משום דהרמב"ן והתוס' סברי דרבה ור"ח ג"כ ס"ל מתוך אלא דבעינן צורך קצת ומי"ט לחול ליכא שום צורך אבל מיו"ט לשבת אפי' אם לא ניחא כמ"ש התוס' שם דהוי צורך יו"ט גמור מה שיבשל לשבת מ"מ צורך קצת של יו"ט ודאי הוי מה שמכין לשבת שאם לא יכין לא יהי' לו כאשר לאכול ונהפכה לו השמחת יו"ט ליגון והוי עכ"פ צורך קצת: ומש"ה לא הוי קשה איך יבשל מיו"ט לשבת אפי' בלא הואיל דהא מותר מה"ת משום מתוך ולכך פריך ליה ע"כ משום הכנה דבהכנה לא שייכי מתוך דלא הותרה הכנה לצורך כדי שנאמר בה מתוך כמובן, ולפ"ז הא דאוסר המ"א בה"ש היינו באפיה ובישול דהוי הכנה לאו' לשאר הראשונים משא"כ בהוצאה דליכא משום הכנה דהא לא נתקן המאכל כלל וא"כ כיון דליכא הכנה ומשום מלאכה אין לאסור אפי' ביו"ט דהא מותר משום מתוך והוי צורך קצת לשבת וזה ברור:

ואגב שכתוב מ"ש במתוך הנה הר"מ ז"ל סובר כדעת רש"י דאמרי' מתוך בהוצאה והבערה אפי' שלא לצורך כלל וכמ"ש הה"מ וכ' שלח"מ דהא שכ' הר"מ דהמבשל לחול או לנכרים דאין לוקה משום הואיל ומשמע דהיכא דליכא הואיל לוקה ה"ע דלכם אהדריה קרא למלקות וקשה דא"כ בעולת נדבה אמאי אינו לוקה לב"ש ניחא אהדריה וע"ש מ"ש הלח"מ ובשעה"מ הניחו בדוחק למעיין ע"ש — ותחילה אמרתי לתרץ בלא הי' של הלח"מ דהנה אמרו להם ב"ה לב"ש הלא ק"ו הוא בעולת ראיה מה שבת דאסור להדיוט מותר לגבוה מכש"כ יו"ט מותר להדיוט מותר לגבוה ואמרו ב"ש נדרים ונדבות יוכיחו וב"ה סברי שאני נדרים ונדבות דלא קבוע להם זמן ע"ש בגמ' ובתוס' בסוגי' דמתוך ד"ה השוחט, ובמהר"ם סיף שם: והנה הא דאסרו ב"ה נדרים ונדבות היינו משום דכתיב לכם ולא לגבוה וכמ"ש התוס' שם: ולכאורה קשה צ"ל לטעמא דלכם הא בלא"ה אסורי דהוי שלא לצורך אלא שצריך קצת לשלמי נדבה דה"א דמותר דהא יש בה צורך אכילה כן נראה לכאורה אבל לפי דעתי נראה דאפי' לעולת נדבה נמי צריך לכם לדעת הר"מ ואי לאו מלכם היתה מותרת לגמרי וכמו שאבאר והוא דודאי לב"ש דצ"ל מתוך ולא הותרה אוכל נפש אלא לצורך היום ליכא ק"ו דב"ה אלא אעולת ראיה דשייכא נמי צורך ביום שהיא חובת היום ולכך לא אמרו ב"ה לב"ש אלא אעולת ראיה אבל נדרים ונדבות שאין זמנן היום לא שייך ק"ו זה אבל לב"ה שהם ס"ל מתוך והותרה שחיטה ואפיה אפי' שלא לצורך כלל וא"כ ודאי דאיכא ק"ו אפי' לעולת נדבה דמה מקום שלא הותרה להדיוט הותר לגבוה מכש"כ יו"ט שהותר להדיוט אפי' בלא צורך כלל ואין זמנו היום כלל מכש"כ שהותר עולה שהוא לגבוה, וא"כ הא דשקלי וטרי' שם ב"ה וב"ש דוקא בעולת ראיה היינו לדברי ב"ש דלא ס"ל מתוך ולסברתם אמרו ב"ה דנדרים ונדבות לא קבוע להם זמן אבל עולת ראיה עכ"פ שאתם אוסרים קבוע לה זמן ואיכא ק"ו וב"ש חולקים על הק"ו — אבל לפי האמת אליבא דב"ה הא לנדרים ונדבות אין קריבים לא אתי אלא מלכם וכן כתבו נמי התוס' וא"כ אי לאו לכם היתה מותרת גם עולת נדבה ולא משום מתוך וכמ"ש התוס' אלא משום הק"ו דאתי מכח מתוך וכמ"ש: ולפ"ז ניחא שפיר דאף שסובר הר"מ דמה שהותר משום מתוך אתי קרא דלכם ואהדריה למלקות היינו למה דלא הותר אלא משום מתוך כמו לחול או לנכרים ולוקין אי לאו משום הואיל אבל עולת נדבה דאתי' מק"ו אי ניחא דלכם

דלכם אהדדיה למלקות א"כ מאי אהני לן ק"ו דאין ללקות הק"ו מכל וכל וכן כתבו האחרונים כמה פעמים ועיין ב"ח סי' קע"ב סק"ד ע"ש . א"ו דאהני ק"ו לפטרו ממלקות ולכם דהוי לאו הבא מכלל עשה ומתורץ שי' הר"מ ז"ל: ובכוונת הלח"מ צ"ל לפרש באופן דלא הוי דוחק כלל וזהו כוונתו דודאי אי ל"א הואיל א"כ אף שהי' מותר משום מתוך מ"מ אתי קרא דלכם ולא לנכרים ואהדדי' דמה שהותרה משום מתוך סובר הר"מ דלא הוי היתר מפורש כ"כ ודלא כמ"ש התוס' , אבל השתא דסברינן הואיל וא"כ היכא דשייך הואיל ל"א אהדדי וה"ט דכל הואיל הא משווי לי' למלאכה זו אוכל נפש עצמו שהתורה הותרה בפירוש וא"כ אף שהתורה אסרה מלכם מ"מ ל"א אהדדי' ומעתה כיון שכן א"כ אפי' במקום דלא שייך הואיל מ"מ כיון דלא נאסר אלא מקרא דלכם ואי לאו לכם היתה מותרת תו ליכא למימר אהדרים אפי' ליכא הואיל דכיון דליכא אלא קרא אחד דלכם ומקרא זה אתיא תרתי כגון לנכרים דאיכא הואיל ולגבוה דליכא הואיל וכיון דלנכרים ליכא למימר אהדריה דהא איכא הואיל והוי אוכל נפש עצמו וא"כ איך נימא דלגבוה אהדרי' ונפקו לקרא דלכם דאי לא פסקי לקרא לשנים לא אפשר דלדבר אחד שאסרה תורה מקרא זה כוונת התורה אהדרי' ולשני אסר ג"כ מקרא זה בלא אהדרי' זהו א"א אלא ודאי דכל אשר יעשה מקרא דלכם לא אהדרי' ולא הוי אלא לאו הבא מכלל עשה, ושפיר כתב הר"מ דמש"ה אין לוקין משום דאיכא הואיל ומש"ה אין לוקין נמי על דבר אשר ליכא הואיל אלא מתוך כיון שגם הוא לא נמעט אלא מלכם זהו כוונת הלח"מ ותי' נכון הוא: ולפ"ז כן נמי אם בישל בה"ש לנכרי ליכא אלא לאו הבא מכלל עשה ואינו לוקה דהא ע"כ מקרא דלכם נתמעט דאי לאו קרא ה"א מתוך והי' מותר וכמו דאינו לוקה על עולת נדבה ונימא דהר"מ לא חילק כלום לבה"ש ומכל היום: ואם בישל דברים אסורים דליכא ג"כ הואיל מ"מ לפי התי' של הלח"מ ולפמ"ש בכוונתו ג"כ לא לקי ואפי' אם בשלם לנכרי ולא אכל כלום דהא מ"מ יש כאן מתוך וצריך מלכם ולא לנכרים וא"כ לא אהדריה— ולפי תי' שלי שכתבתי לוקה על דברים אסורים . וכן בה"ש כל דליכא הואיל והא דלא לקי בעולת נדבה משום דאיכא ק"ו ואהני ק"ו דלא ללקות עלה , ומ"מ משריפת קדשים קשה לכל התי' אמאי הוי בעשה ול"ת הא יש כאן מתוך ובלא"ה כ' בפ"ב דמשום דליכא הואיל דהא אסור בהנאה וקשה מאוד שסותר עצמו וכמו שהקשה בשעה"מ ועי"ל כתי' השני של הלח"מ דרחמנא אחשבה וכמ"ש רש"י :

והנה בבישל דברים אסורים שלא לצורך כפי הנראה לוקה לכ"ע והנראה מלשון הר"מ דהא דאין לוקה לנכרי היינו משום הואיל אך אם בישל ואכל אינו לוקה לב"ש כדאיתא בגמ' ובתוס' כתב הטעם דהוי צורך קצת כשאכל וכ"ז נראה דוחק דמה צורך קצת הא הוי צורך ממש דהא הוא בישל לצורך אוכל נפש לעצמו . ובאמת קשה מאי טעמייהו דב"ש דלוקה ואמאי הא אכל ומה לי אם באיסור אכל או בהיתר מ"מ לא עבר על מלאכת יו"ט כיון שהוא לצרכו , ונראה להסביר שענין לדעת רש"י והר"מ דלא בעינן לצורך, ואומר אני דב"ה טעמייהו משום דלא כתיב בתורה אשר יאכל אלא אשר יֵאָכֵל ומזה דל"ל שיאכל דוקא אלא שיהי' דבר הראוי עכ"פ לאכול לכל נפש ואז אפי' שלא לצורך כלל מותר, ודרשינן כדאמר ר"ז כל הראויה לבילה אין בילה מעכבת בו אבל כל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו יכן כאן כשבישל דברים ראוים אז אין הצורך מעכב אבל אם בישל דברים אסורים שבעלם אינם ראוים לנפש ישראלי אז אמרי' בילה מעכבת בו דהיינו שצריך שיהיו נאכלים למבשל ואז אינו לוקה, והסברא דהא אם הי' כתיב אשר יאכל אז אם הי' מבשל ואוכל לא לקי דהא כתיב אשר יאכל והוא אכל, וא"כ משום דכתיב אשר יֵאָכֵל ילקה זהו א"א לב"ש דהא קרא דאשר יֵאָכֵל לא בא להחמיר עליו אלא אדרבה להקל בא שאם אינו רק ראוי לאכול לא עבר אפי' לא אכל אבל היכא דאכל באמת לא גרע עתה דכתיב יֵאָכֵל מאם הי' כתיב יאכל ולא לקי — אבל לב"ש הם סוברים דלא שני אם לא אכל וא"כ קשה למה כתיב יֵאָכֵל ולא כתיב יאכל ועל"כ הם דורשים לחומרא דהא דכתיב אשר יֵאָכֵל לא בא למעט שלא יאכל אלא בא לומר דאפי' אם יאכל באמת מ"מ צריך ג"כ ראוי לאכילת כל נפש ואל"ה עבר ולוקה — וא"ש מאוד דלב"ש דאינם סוברים מתוך לוקה אפי' אכל כיון דאינו ראוי וקרא בא להחמיר שצריך שיהי' ראוי לכל נפש ולב"ה דסברי מתוך לא בא קרא אלא להקל דאפי' רק ראויה מותר אבל אפי' אינו ראוי מ"מ אם אכל לא גרע בזה דהא אכל, וזהו כר"ז כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת וכל שאינו ראוי בילה מעכבת אבל כל שיש בילה ודאי מותר ודו"ק :

והנה הלח"מ וכן כ' הבינה לעתים דבמתענה ביו"ט לא שייך מתוך כלל כיון שלא הותרה לו לצורך ע"ש ולענ"ד אפי' אי נימא דהדין של מהרי"ו במתענה הוי מה"ת מ"מ לא ידעתי למה לא שייך מתוך לפי רש"י והר"מ דלא בעינן לצורך כלל ומה חילוק יש בין זה דמתענה ואין המאכל ראוי לו למבשל נבילות דג"כ המאכל זה אינו ראוי בשום אופן ומ"מ לא לקי לב"ה כמבואר בירושלמי ואין לחלק כלל בין שאם המאכל אינו ראוי או הוא אינו ראוי למאכל :

דיני תנאים

כלל כג.

תנאי כפול.

דין א.

ע"מ או מעכשיו.

הנה הר"מ פוסק בע"מ ומעכשיו לא בעינן דיני תנאים, והסביר הוא ז"ל וכן הראב"ד דלא צריך לדיני תנאים אלא היכי דהתנאי בא לבטל המעשה וביטול מעשה לא הוי אלא היכא שאם נתקיים התנאי וחל המעשה לא חלה מעכשיו אלא אחר קיום התנאי זהו מיקרי עקירת מעשה שיש כאן מעשה ונעקרה מזמן הראוי להיות אם לא היה בה תנאי דהיתה חלה מיד ובא תנאי דאם ועוקרה שלא תחול עד אחר קיום התנאי, משא"כ במעכשיו שאם נתקיים התנאי ויש כאן מעשה הרי זו חלה מיד וליכא שום עקירה ע"ש כי היא סברא מתוקה — ובפ"ט מגי' כ' הר"מ ז"ל המגרש אשתו לאחר זמן קבוע ה"ז מגו' כשיגיע הזמן וה"ז דומה לתנאי ואינו תנאי לפיכך המגרש על תנאי צריך לכפול תנאי וזה א"צ לכפול ע"ש בש"ס ובירושלמי מבואר כן וכוונת הר"מ בזה גם כן כדלעיל דכיון שאמר לאחר זמן קבוע א"כ אין כאן עתה שום התחלת מעשה כלל ול"צ לדיני תנאים משא"כ באם שיש כאן התחלת מעשה ובא התנאי ועוקרה — וכיוצא בזה כתב הראב"ד בפ"ב מצילה דל"צ דיני תנאים אלא היכי שיש כאן מעשה ורוצה לעקור אותה שלא תחול עתה משא"כ היכא שאומר אם תעשה זאת אז אתן לך או תנו לו אז אם יקיים התנאי ולא נתן לו עתה כלום באופן שאין כאן עתה שום מעשה ל"צ לדיני תנאים ע"ש, וסברא זו דומה לסברת הנ"ל במעכשיו ויש לפ"ז ג' חלוקים בדבר א' מעשה שנעשה מיד שנתן הגט מיד או המעות ומתנה שאחר קיום התנאי תחול המעשה מעכשיו ל"צ דיני תנאים ב' אפי' בתנאי אם לא נתן עתה כלום אלא אמר שיתן אחר התנאי ג"כ ל"צ דיני תנאים והטעם הד וכן בלאחר זמן שכ' הר"מ ג' בתנאי אם ועושה עתה המעשה אז צריך דיני תנאים:

והנה הלח"מ והר"ן הקשו על הר"מ ז"ל מה ראה הר"מ ז"ל לפסוק כר"מ בתנאי אם ובע"מ לא פסק כוותיה והיא קושי' חמורה. ומצאתי בפי' המשנה להר"מ ז"ל שכ' על מתני' ר"מ אומר כל תנאי דר"מ קאי אכל הני מתני' הקודמים בע"מ ואומר ר"מ שצריך ת"כ אפי' בע"מ ואין הלכה כר"מ ע"כ, ומדלא כ' הר"מ ז"ל דאין הלכה כר"מ בהא משמע דס"ל דאין הלכה כלל כר"מ, וא"כ סותר עצמו דבספרו יד החזקה פוסק לכל דיני תנאים כר"מ — ואחר העיון מצאתי בס"ד ליישב דבריו ז"ל וקו' האחרונים ז"ל:

דהנה הפ"י הקשה כאן מאי פריך בגמ' שפיר קאמר ליה כרשב"ג לר"מ מאי שפיר קאמר הא התוס' בכתובות דף כ"ו והרא"ש יבמות ק"ו כתבו דהא דילפינן דיני תנאים מתנאי ב"ג וב"ר ה"ט דמצד הסברא ה"א דאין שום תנאי מבטל מעשה רק דמצינו כן בתנאי ב"ג וב"ר וכיון שכן צריך להיות דומה להם ולפ"ז ל"ק קו' הגמ' דאפי' אי צריך קרא לכרשב"ג מ"מ גם בלי שום ייתור מוכח שפיר ת"כ דהא צריך להיות דומה לתנאי דב"ג וב"ר ואל"ה לא מצי לבטל מעשה ומאי שפיר קאמר והיא קושי' נפלאה — ואמנם לדעת הר"מ שהבאתי דר"מ אפי' בע"מ מצריך דיני תנאים וא"כ כיון דבמעכשיו ליכא שום עקירת מעשה וכמ"ש הראב"ד והי' גם מצד הסברא מוכרח דמהני התנאי לבטל המעשה דהר"מ ז"ל סובר דהא דאין הסברא נותנת דתנאי יכול לבטל מעשה היינו בתנאי דאם שהתנאי בא לעקור המעשה מזמן של עתה וזהו שצריך ללמדו מב"ג וב"ר שיכול לעקור המעשה הראוי לחול עתה וא"כ צריך להיות דומה אבל במעכשיו ודאי מצד הסברא ג"כ שאם אדם מתנה שיחולו המעשה והתנאי מעתה ולא צריך לזה לימוד כלל, וא"כ ר"מ דסובר גם בע"מ דיני תנאים ע"כ מייתורא דקרא יליף לה כן ולא משום שצריך להיות דומה אלא משום שסובר דכל הכפילות מיותר דכיון שהם החזיקו מיד בארץ גלעד וכמ"ש בירושלמי ורק המתנה לאחוזה היתה אח"כ א"צ למרע"ה לכפול תנאו לא הי' לו לומר רק שיתן להם אם יעברו מעכשיו

ותו

ותו ל"ל לכפילות אלא ודאי מוכח דאפי' במעכשיו צריך תנאי כפול ומזה הוכיח כ"מ דין שלו דאפי' בע"מ צריך דיני תנאים ולפ"ז ודאי דשפיר שפיר ליה כרשב"ג לר"מ דכיון שצריך קרא לגופיה א"כ אף דמ"מ בתנאי דאם מוכח שצריך ת"כ משום דלא הוי ידעינן דמהני תנאי בתנאי אם כל עיקר אלא משם וצריך להיות דומה אבל בע"מ לא מוכח כלום וצ"ע קו' הפ"י:

ועפ"י האמור נ"ל לדעת הר"מ ז"ל מנא חדתא דלא לאפושי פלוגתא רחוקה כ"כ י"ל דכל פלוגתייהו דר"מ ורשב"ג לא הוי אלא בע"מ ומעכשיו ובתנאי אם גם רשב"ג מודה שצריך ת"כ דהא אף שצריך הכפילות לדידיה מ"מ צריך להיות דומה לתנאי ב"ג וב"ר ואל"ה אין בכוחו לעקור המעשה מזמנה שראוי להיות וכדלעיל, ואינו חולק על ר"מ אלא בע"מ והיינו דר"מ סובר דמוכח מכאן דאפי' במעכשיו צריך ת"כ וכמ"ש לעיל וע"כ הוא דלא אמרינן כלל מכלל לאו אתה שומע הן ורשב"ג סובר דצריך קרא לגופיה וא"כ במעכשיו נ"ל ת"כ דמכלל הן אתה שומע לאו או אפכא אבל בתנאי אם מודה גם הוא דאף דמכלל הן אתה שומע לאו מ"מ צריך דוקא לכפול ולכל דיני תנאים שצריך להיות דומה לתנאי דב"ג וב"ר ממש דאל"ה לא מהני וכאמור ובזה ניחא נמי הא דאמרינן בכ"מ בש"ס דר"מ ל"ל מכלל לאו אתה שומע הן ולכאו' מנ"ל דילמא גם ר"מ סובר מכלל לאו אתה שומע הן אלא דמ"מ צריך דיני תנאים משום שצריך להיות דומה, אלא דמשום דר"מ סובר כן אפי' בע"מ א"כ ש"מ שם לא צריך להיות דומה אלא מייתורא דכפולות וא"כ ע"כ מש"ה הי' צריך לכפול משום דל"א מכלל כו'. ועפ"ז ניחא היטב מה דפריך בגמ' דידן לקמן מכל הני קראי דכתיב בהו ת"כ ואמר בשלמא לרשב"ג ניחא או לר"מ ושם בכל הנהו ליכא מעשה וכדי כלהו הם המפורשים בכל הנהו וכן מקושש אבל לפמ"ש ניחא דלא רצה הש"ס להביא אלא דמוכח דאמרינן מכלל לאו אתה שומע הן או דלא אמרי' מכלל כו' דאי מכלל לאו שומע הן לא הי' צריך לכפול דאף דלפמ"ש רשב"ג מודה בתנאי אם היינו היכא דאיכא מעשה ולא היתה נעקרה המעשה אם לא הי' התנאי דומה לב"ג וב"ר אבל בהנהו הא ליכא מעשה וא"כ אין הדבר תלוי אלא אי אמרי' מכלל לאו אתה שומע הן זה או לא זהו הנלענ"ד לדעת הר"מ ז"ל ושפיר פסק לפ"ז בתנאי אם לכל דיני תנאים ואף שכ' בפי' המשנה דאין הלכה כר"מ כלל מ"מ בתנאי אם ליכא פלוגתא ול"ק קו' הראשונים ז"ל:

דין ב.

מעשה מכללא לא שמעינן.

כבר הבאתי לעיל דברי הראב"ד בפ"ב מבילה דהיכא שרוצה לעשות המעשה אם יקיים התנאי דהיינו אח"כ נ"ל ת"כ והקשה שם ע"ז דלפ"ז מאי פריך בנדרים והא ל"ל לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן הא שם ליכא שום מעשה וא"כ א"צ לדיני תנאים ע"ש, ולפמ"ש לעיל דר"מ אפי' במעכשיו צריך ת"כ א"כ שפיר פריך הגמ' דאף דליכא מעשה מ"מ הא ר"מ ע"כ אינו סובר כלל מכלל לאו אתה ש"ה וכדלעיל:

ואמנם הראב"ד ז"ל מתרץ קושייתו בתי' נכון מאד והיא דמעשה מכללא לא שמעינן ע"ש וכ"מ לדינא דאע"ג דהיכא דליכא מעשה או היכא שאומר לעשות המעשה אח"כ דבכה"ג נ"ל לת"כ ומהני שלי תנאי לבטל שלא יהי' המעשה אח"כ מ"מ הא דמהני היינו לענין שלא יהיה המעשה בשלא נתקיים התנאי אבל דנימא מכלל לאו אתה שומע הן ויהי' נשמע מכלל זה שהמעשה המעשה מכללא זו לא אמרינן והסברא דהמעשה צריך אמירה בפירוש ואז הוי מעשה אבל אם לא הזכיר אלא הלאו של המעשה ומכללא של הלאו יהי' נגמר איזה מעשה זו לא מהני לכ"ע בין לר"מ ובין לרשב"ג דלא פליגי אלא לענין תנאי אי אמרי' מכלל לאו כ"ה של התנאי אבל למעשה לא מהני לכ"ע אם לא אמרה בפי', וכן כ' הר"מ פ"ט הלי' ף האומר לאשתו בעת נתינת הגט אם לא תתני לי כ' זוז לא יהי' גט ה"ז לא גירש כלל ואין כאן גט לא על תנאי ולא תלוי במעשה ע"כ ולכאו' מאי אתא לאשמועינן הא ודאי לא מהני דהא ל"א מכלל לאו אתה שומע הן וא"כ הא לא כפל ולא שמעי' שיהי' גט אם תתן — אלא דהר"מ לשיטתו שהוא ז"ל סובר בע"מ נ"ל ת"כ וא"כ הא מכלל לאו אתה שומע הן אמרי' שפיר אבל מ"מ לא מהני כאן באופן זה אפי' אם רצה לומר שאם תתן יהי' גט מעכשיו מ"מ כיון של"א המעשה בפי' אזי מעשה מכללא לא שמעי' ולא מהני כלום:

אבל אם אמר ה"ז גיטך ואח"כ אמר ואם לא תתנו לי כ' זוז לא יהי' גט ה"ז גט והתנאי בטול — וע"ש שכ' הה"מ כן שאם אמר כן הרי התנאי בטיל משום שלא כפל תנאו ומשמע דלמ"ד לא בעינן ת"כ הוי תנאי בכה"ג כשאמר הלאו של התנאי ולענ"ד צ"ע דא"כ מאי פריך ליה רשב"ג לר"מ שצריך הדבר לאמרו ואינו מוכח ת"כ וקשה הא מ"מ מוכח לת"כ מדלא אמר מרע"ש תנו להם ואם לא יעברו ונאחזו בתוככם ול"ל לומר אם יעברו א"ו לתנאי כפול אמר כן — ואין לומר שמש"ה לא אמר כן דה"א שיתנו להם מיד ולא רצה ליתן להם עד אחר שיעברו. זה אינו דע"כ מוכח שגם ר"מ סובר כירושלמי שהארץ היתה מוחזקת בידם והתנאי שאם לא יעברו יקחו מידם דאל"ה אלא הכוונה שלא יתנו להם ארץ גלעד עד אחר שיעברו אם כן ודאי נ"ל כלל לת"כ להסברת הראב"ד ז"ל שכ' דהיכי שאמר תנו אם יעברו נ"ל לכפילות וכמו שהבאתיו לעיל וא"כ ע"כ נ"ל שהארץ עמה בידם ונותן להם עתה אלא לאחוזה הוי התנאי ושאם לא יעברו יקחו מהם וא"כ קשה למה אמר כלל אם יעברו אלא תנו להם ואם לא יעברו ונאחזו בתוככם והוי ידעי' שלא יטלו אלא אם יעברו דהא מכלל לאו כ"ה וגם שיטלו חלק בכנען אפי' לא יעברו ולמה לא השיב ר"מ כן וצ"ע, וגם רש"י ז"ל פי' בנדרים דמוכח דל"א מכלל לאו אתה ש"ה מדל"א רק אם לא יעברו לחוד וא"כ ודאי קשה כנ"ל — ולולי דברי הש"ע הי' א"ל דהא דפוסל הר"מ ז"ל אם אמר ה"ז גיטך ואם לא תתנו לא יהיה גט לאו משום כפילות אין ממש בתנאי זה דלא איכפת לן בכפילות אלא אם נאמר הלאו של התנאי אבל אם אמר הלאו בפי' אף של"א ההן הוי תנאי אלא מש"ה לא הוי תנאי זה תנאי ובטיל משום דהוי מעשה קודם לתנאי דהא אמר תחילה ה"ז גיטך ולא מהני מה שאמר אח"כ אם לא התנו כו' — ובזה הי' אפשר לתרץ פרש"י דפי' דרשב"ג לא פליג אלא את"כ לבד ומודה נשאר דיני תנאים דכן מוכח מדלא אמר רק אם לא יעברו ונ"ל אם יעברו אלא דהיכי יאמר אם לא יאמר כלל קודם לכן תנו להם ויתחיל רק אם לא יעברו ולא יותר א"כ הוי מעשה מכללא ולא מהני כמ"ש הראב"ד וע"כ נ"ל תנו להם קודם וא"כ הוי מעשה קודם לתנאי, ואם יאמר קודם לכן אם לא יעברו ואח"כ יאמר תנו להם הוי לאו קודם להן ומוכח כפירש"י וגם ר"מ לא הי' יכול לדחות דברי רשב"ג ולומר דמוכח ת"כ מדאמר כלל אם יעברו דאינו מוכח דדילמא משום דלא להוי מעשה קודם אמר כן דאי לא יאמר כמו שאמר לא היה לו מקום לומר תנו להם שלא יגרע משאר דיני תנאים:

ואלא להר"מ לשיטתו דהוא סובר דלא הוי מעשה קודם לתנאי אלא אם עשה בפועל המעשה קודם אבל ע"י אמירה לא מיגרע התנאי וא"כ ע"כ נ"ל כמ"ש הה"מ דהתנאי בטיל משום דליכא כפילות וצריך עיון:

והנה בהך דינא שכ' הר"מ דאם אמר בעת נתינת הגט אם לא תתנו לה ר' זוז לא יהי' גט דלא גירש כלל ופירשו בטעמו משום דמעשה מכלל אלא שמעי' וכן כ' הה"מ משום שלא הזכיר גירושין בפירוש — ויש לי להקשות ע"ז דהא הר"מ סובר בפ"א הל' י"א שאם נתן גט בידה ול"א כלום ה"ז רק פסול ולא בטיל וא"כ לפ"ז קשה למה נגרע כאן דהגט בטיל הא נתן הגט ולהוי כמו של"א כלום דאינו אלא פסול, בשלמא אי ל"א מכלל לאו אתה שומע הן כלל הי' א"ש דגרע דבשנתן ול"א כלום טוב יותר מהך שלא אמר אלא אם לא תתנו לא יהי' גט דפירש אמר לא יהי' גט אבל לפמ"ש לעיל דהר"מ ע"כ סובר מכלל לאו אתה שומע הן מדהשיב בע"מ בלא כפילות וא"כ גם כאן הא איכא הן מכלל לאו ואי דמעשה מכללא לא שמעי' היינו אי צריך לומר המעשה בפירוש אבל להר"מ ז"ל דא"צ לומר כלום אלא ליתן לה הגט א"כ למה יגרע מה שאמר אם לא תתנו לא יהי' גט ממה של"א כלום וכאן הא לא אמר להיפוך דמכלל לאו נשמע הן, ולע"ג לכאו'. ורציתי לומר דהא דלא מצריך הר"מ לומר לה כלום היינו בגט בלי תנאי והטעם דהא היא מתגרשת בע"כ ואין לה לידע כלום אבל במגרש על תנאי הא הוא תולה הגירושין בדעתה ורצונה ואז האמירה של ה"ז גיטך היא מחויבת מה"ת וכאן הוי כל"א לה כלום ובטיל, אלא דלפ"ז הוי ליה לחלק בין עסיקין באותו ענין או לא או היכא דאמר לעדים:

ורציתי לומר דבר חדש בטעם הר"מ ז"ל והוא דכיון שאמר מיד אחר הנתינה לא תהי' מגורשת א"כ ביטל את הגט בפירוש שלא תלה הביטול בתנאי שאם לא תתנו וכיון שלא כפל תנאי זה אם כן מעשה הביטול קיים והתנאי בטל דכמו שצריך ת"כ לענין קיום הגט כן נמי במעשה הביטול צריך ת"כ ואל"ה הוי תנאי בטל ומעשה הביטול קיים, אלא דלפ"ז לדידן דקיי"ל דלא מצריכינן דיני תנאים אלא לחומרא מספיקא כמבואר בש"ע ל"ח ולענין אמירת ה"ז גיטך פסק הב"י כהר"מ בסי' קל"ו וע"כ לחומרא הי' לו לפסוק בדין זה דהוי גט לחומרא ובסי' קמ"ו פסק דלא הוי גט כלל וצ"ע בכ"ז.

דין ג.

מעשה קודם לתנאי.

דעת הר"מ ז"ל דלא איכפת לן במעשה קודם לתנאי אלא אם בפועל עשה המעשה קודם אבל באמירה בעלמא אף שאמר המעשה קודם לא בטיל התנאי והקשו עליו מהא דאתקין שמואל בגיטא דפריך ולימא לא יהי' גט אם לא מתי הוי מעשה קודם וקשה להר"מ הא ליכא מעשה בפועל — והנה במל"מ פ"ו נסתפק אי גם בחלק הב' בלאו של התנאי צריך להקדים התנאי וכ' דהיא פלוגתא בין רש"י ותוס' גבי סוטה ובשם מהרי"ט שהקשה אתוס' דכאן שהם סברי מה שאנו רואים הוי הן א"כ הכי ואת כי שטית הוי הלאו ומה הקשו לפ"ז דהוי מעשה קודם מנ"ל שגם בלאו של התנאי צריך תנאי קודם ע"ש ולענ"ד לק"מ דהכי

דבעינן הן קודם ללאו חדשו התוס' דמה שאנו רואים הוי הן מ"מ הא אין לחכמים דקיום המעשה הוי חלות השבועה וביטול המעשה הוי ביטול השבועה וא"כ בעינן הבבא של מעשה קודם לתנאי דלא עדיפי התנאי משום דלא אתי לבטל המעשה הקודמת וא"כ הא הנקי הוי המעשה חלות האלה ואם אמר הנקי קודם ואח"כ כי שטית לא אתי התנאי דואת כי שטית ומבטל לאחרי דהוי המעשה . ומעתה אפי' אם בשאר תנאי לא בעינן בשלאו של תנאי התנאי קודם לאמירת המעשה ה"ע משום דבלאו של שאר תנאי גם העדר המעשה יש בו ולא שייכא הסברא דלא אתי תנאי ומבטל מעשה אבל כאן כיון שיש בו בלאו קיום המעשה א"כ צריך להקדים התנאי, ואף דבעינן הן קודם ללאו כי התוס' דמה שאנו רואים הוי הן והוי הן שלא שכב איש ולא הנקי אבל לענין מעשה ק"ל ודאי שצריך כאן במחלוקה הב' תנאי קודם כמו בשאר תנאי במחלוקה הא' כדי להורות שאם שטית הנקי דאל"כ לא הנקי ואפי' שטית וזה ברור מאוד ואין מתוס' הללו שום ראיה דבשאר תנאי צריך תנאי קודם במחלוקה השנית כמובן .

ובאמת אין לנו שום סברא לבאורה למה יהי' צריך גם בלאו של התנאי שלא יהי' המעשה קודם ובלא סברא לא ילפינן מב"ג וב"ר כמ"ש התוס' . אבל הסברא הוא משום דבלאו של התנאי יש בו ביטול המעשה דהיינו שלא תחול בביטול התנאי ולכך צריך לקיים בביטול המעשה ויאמר לא יהי' גט לבסוף האמירה שאם לא יקיים כן אלא יקיים בלאו של התנאי אין כח בתנאי לבטל המעשה אבל אם יקיים בביטול המעשה בפירוש אז יהי' נתפס בגמר דבריו וכמ"ש הר"ן הסברא בלאו קודם להן ע"ש — אבל לפ"ז נראה לתרץ דעת הר"מ ז"ל דדוקא בכה"ג שהן דהוי קיום המעשה אז אמרי' דוקא בפועל אם עשה המעשה קודם אז לא מהני תנאי שאחריו אבל באמירה לחודא לא איכפת לן משום דקיום מעשה ליכא באמירה לחודא אלא בכתיבה בפועל ולא הוי מעשה ק"ל שנימא דלא אתא התנאי שאחריו ומבטל המעשה והא תיכף קיום המעשה אבל ביטול המעשה דאיכא באמירה לחודא דמי שנתן גט ולא נגמרו הגירושין עדיין אינו צריך ביטול הגט אלא מבטלו באמירה וא"כ בעינן שביטול הוי האמירה מעשה בפועל ולכך צריך שיקיים בביטול המעשה שיהיו דבריו נתפסים לענין ביטול הגט ושיבוטל בביטול התנאי ואם לא קיים דבריו אלא בתנאי לא סגי ושפיר אמר בגמ' שאם יאמר לא יהי' גט אם לא מתי לא מהני אף להר"מ ז"ל אלא צריך שיאמר אם לא מתי לא יהי' גט וזה ברור .

עוד הקשו על הר"מ ז"ל מהא דפריך ליה רבא לאביי גבי ה"ז גיטך ותחזור לו את הנייר טעמא דלא כפלא כו' ומאי פריך דילמא לא נתן לה הגט ולא הוי מעשה קודם — ולנלענ"ד דהא דלא איכפת להר"מ באמירה לחודא קודם היינו דוקא היכא דהתנאי אינו סותר את המעשה לגמרי דאז לא בא התנאי אלא לעקור את המעשה מזמנה הראוי להיות מיד וסובר הר"מ דבאמירה לא איכפת לן דהאמירה גופה אינה מוכחת שתהי' מיד שלה המעשה ולא סותר התנאי את האמירה אבל בפועל אם כבר עשה המעשה וראוי היתה לחול מיד ובא התנאי לסתור ולכך צריך שיהי' התנאי קודם — ואמנם היכא דהתנאי סותר לגמרי אף את האמירה ודאי דמודה הר"מ דאף באמירה קודם לכן לא מהני התנאי שאח"כ לסתרה לגמרי ומש"ה שפיר פריך רבא דהא שם התנאי סותר את האמירה לגמרי ורב אדא ב"א אם סובר דלא מהני התנאי כלל אפי' אם קדם למעשה ורבא סובר דעכ"פ אם קדמה אמירת המעשה לא מהני משום דהוי מעשה ק"ל באמירה עכ"פ ואמירה לצורך מעשה הוי ובכה"ג מודה הר"מ ז"ל כנ"ל — ואדרבה יש ראיה משם דרבא פריך ליה לאביי מסברא דנפשיה ואמאי לא פריך ליה ממתניתין מפורשת כל תנאי שיש מעשה מתחילתו א"ו דמשם ס"א שיש מעשה בפועל מתחילתו משא"כ כאן דליכא מעשה בפועל לא קשיא ממתני' ומש"ה פריך לי' מסברא כמ"ש :

ויש לי להביא ראי' לדעת הר"מ ז"ל דלא הוי מעשה קודם לתנאי אלא בפועל מהא דהקשו התוס' דגבי סוטה הא הוי מעשה ק"ל הנקי ואת כי שטית ולשיטת הר"מ ל"ק דהא כשמשביע את חבירו לא חלה השבועה עד שיענה חבירו אמן כסוטה וא"כ כ"ז שלא ענתה האשה אמן לא הוי מעשה בפועל דחלות השבועה שהיא המעשה לא חלה אלא אחר שאמן וקודם לכן כשהשביע הכהן לא הוי אלא כאמירה ה"ז גיטך ועניית אמן שלה הוי ככתיבת הגט ולא הוי מעשה קודם בפועל , וכיוצא בזה הקשה המהרש"א על הא דפריך בשלמא לר"מ היינו דכתיב אז תנקה מאלתי כו' וקשה לפרש"י דפי' התנאי אם לא אל בית אבי תלך והמעשה אשר לא תקח אשה אם לא ילך אל בית אביו והוי מעשה קודם לתנאי ע"ש . ולפמ"ש לדעת הר"מ ז"ל לק"מ דגם גבי שבועת אליעזר אחר שסיים אברהם כל דבריו ענה אליעזר אמן כדי לחול עליו השבועה וא"כ אף דחלות השבועה הוי המעשה מ"מ לא הוי בפועל עד שענה אמן ולא הוי קודם לכן אלא כאמירה בגט וכיוצא וזהו ראי' ברורה לשיטת הר"מ ז"ל :

וראיתי להמקנה ז"ל שתי' על קו' המהרש"א ויש לחלק בין היכא דהמעשה היא בקום ועשה להיכא שהיא בלא תעשה וכאן שהשבועה אשר לא תקח זו לא הוי מעשה ולא איכפת לן אי הוי קודם לתנאי או לא והביא ראיה מש"ע סי' ל"ח שאם אמר אם לא תתנו לי לא תהי' מקודשת ואם תתנו לי תהי' מקו' הוי לאו קודם להן והתנאי בטל ואי נימא דלא תעשה הוי נ"כ מעשה א"כ לא תהי' מקודשת אפי' בקיום התנאי דכיון דהתנאי בטל מהיכי תיתי דמעשה בתרא עיקר דילמא מעשה קמא עיקר ע"ש — ולא ידעתי לסוף דעת הגאון ז"ל דכאן ודאי חלות השבועה היא המעשה ואין שום חילוק בין אם היתה השבועה על לא תעשה או על תעשה. בין כך ובין כך חלות השבועה היא המעשה וביטול השבועה היא הלא תעשה כמו בגיטין וקדושין שהקיום שלהן הוי המעשה וא"כ אין הדמיון שהביא הגאון ז"ל עולה יפה דשם ודאי שביטל הקדושין הוי ביטל המעשה כמו כאן ביטול חלות השבועה ולע"ג :

ואמנם כלענ"ד לייסב קו' המהרש"א לפמ"ש לעיל בטעמא דצריך תנאי ק"ל במחלוקה השנית של התנאי כדי שיאמר הלאו של המעשה לבסוף ממש שיוגמרו דבריו בביטול של המעשה דאם אמר התנאי לבסוף אין כ"כ כח בתנאי לבטל המעשה אא"כ בגמר דבריו אדם נתפס וכמ"ש הר"ן בהן קודם ללאו, ובהן של התנאי מש"ה צריך תנאי ק"ל משום שאם יאמר בזה המעשה קודם אין בתנאי כח לבטל שלא תחול המעשה מיד עד אחר שנתקיים התנאי דבשני צדדי התנאי יש בשניהם לבטל המעשה אלא שאינם שווים בביטולה התנאי השני בא לבטל המעשה שלא תחול כלל בביטול התנאי והחלק הא' אף שאין ביטול מעשה מ"מ יש בו ביטול שלא תחול עד אחר קיום התנאי ולזה צריך בשניהם תנאי ק"ל — ועפ"ז יש לחלק דוקא היכא שהי' התנאי בקום ועשה אז חלק הא' של התנאי עוקר את המעשה שלא תחול עתה ויש בו ביטול מעשה ולכך צריך תנאי קודם שאם המעשה קודם אף שאין בתנאי ביטול מעשה לגמרי מ"מ יש בו עקירה מזמנה הראוי להיות — משא"כ היכא דהתנאי הוי בלא תעשה כגון הכא שאם לא ילך אל בית אביו תחול עליו השבועה א"כ שבועה זו מעכשיו חלה עליו כיון שלא קבע לו זמן וכגון מי שאמר אם לא אעלה לארץ ישראל תהי' המתנה ולא קבע זמן ודאי מעכשיו הוה המתנה וכן בשבועת אברהם מעכשיו חלה וא"כ לא איכפת לן במעשה קודם לתנאי כלל דהא התנאי אינו עוקר את המעשה שלא תחול עתה, והא דפריך הגמ' לרחב"ג ל"ל ת"כ ולר"מ ניחא אף דלא בעינן דיני תנאים בכה"ג היינו רק על ת"כ שקול ועוד דר"מ אינו סובר מכלל הן אתה שומע לאו וצריך לכפול אפי' היכא דליכא שום מעשה וכמ"ש לעיל ולרחב"ג דסובר מכלל הן לאו שומע הן ל"ל ת"כ — אבל מעשה ק"ל לא איכפת לן אלא היכא דהתנאי בא לעקור את המעשה שלא תחול עכשיו וזה דבר נפלא בס"ד :

דין ד.

תנאי דאפשר לקיימו ע"י שליח:

מבואר בגמ' יבמות ק"ו וכתובות ע"ו דתנאה דלא אפשר לקיימו ע"י שליח לא הוי תנאה . והיינו דאפשר לקיים המעשה ע"י שליח והסברא בזה כ' התוס' פ' המדיר שם ע"ש והפ"י כ' סברא להיפוך ממ"ש התוס' ורש"י ז"ל פי' בכתובות ד"ה ע"ו כי התם שהרי משה ציוה ליהושע לתת להם את הארץ אבל חליצה כו' אין יכול לומר לשלוחו אם תתן לך פלונית כי זו תחלוץ לה שלכך לאו תנאה הוא לבטל החליצה עכ"ל והם דברים נפלאים ושפת יתר מ"ש רש"י ז"ל שאין יכול לומר לשליח אם תתן לך פלונית כו' ולא כי בקיבל שא"א לחליצה ע"י שליח. ולנלענ"ד דרש"י ז"ל סובר סברא אחרת ממ"ש התוס' ז"ל והיא לפמ"ש הר"ן בגיטין דכל שנעשה ע"י שליח ל"ל לדיני תנאים והטעם דכל שגילה דעתו שאינו רוצה שיהי' שליחו באופן אחר סגי ואף אם לא כפל תנאו ולפ"ז י"ל דהא דמהני תנאי לבטל מעשה אנו למדין מב"ג וב"ר וכמ"ש התוס' והרא"ש שהבאתי לעיל ואמנם הא תינח בלא שליח אבל מי שעשה שליח א"ל לדיני תנאים דהא מסברא דכל ע"י שליח סגי בגלוי דעת לבד וא"כ הכי נמי אף שאנו למדין דמהני תנאי לבטל מעשה מב"ג וב"ר מ"מ י"ל דוקא בדבר שאפשר לעשות המעשה ע"י שליח מהני תנאי לבטל מעשה והטעם משום דאפי' אי תימא דלא מהני התנאי מ"מ יכול המתנה להכריח את התנאי אם ירצה דבידו לעשות שליח למעשה זו וע"י שליח יהיה מהני תנאו אפי' אי לא מהני בלא שליח וא"כ דוקא בכה"ג אמרה התורה דמהני תנאי משום שבידו לעשות לו שליח ולהכריח דמהני תנאו עם המעשה אבל כל דלא תלי מהוי שליח אינו יכול להכריח את התנאי ע"י שליח גם תנאו לא מהני לבטל המעשה וזהו סברא נכונה מאוד וזהו שכ' רש"י ז"ל שאם יאמר לשליח אם תתן לך פלונית כי זו תחלוץ לה אינו יכול משום שהחליצה אינה בשליח ור"ל שאין המתנה יכול להכריח תנאו שיהי' מהני על כרחו ע"י שליח ומש"ה לא מהני נמי כן דלא ילפינן מב"ג וב"ר תנאי מבטל אלא במעשה שיכולה להיות ע"י שליח שאם נאמר לו אין הדין שהתנאי מבטל מעשה ילך הוא ויעשה לו שליח וע"י שליח יהנה תנאו בע"כ שהרי אין רוצה שיהי' שליחו באופן אחר וכיון שבידו להכריח התנאי ע"י שליח מהני אפי' בלא שליח משא"כ בחליצה ודו"ק

ודו"ק וזהו שנקיט הגמ' בכ"מ תנאה דאפשר לקיימו ע"י שליח ולכאו' שלא בדקדק שהא לא על התנאי קאי אלא על המעשה ולפמ"ש ניחא שפיר דכוונת הגמ' דכל שאפשר המעשה ע"י שליח יהי' באפשרי לקיים תנאו ע"י שליח דהיינו שיעשה שליח ויכריח תנאו ודו"ק:

דין ה.

איזה ע"מ חשוב תנאי ואיזה חשוב שיור ולא תנאי.

כתב הריטב"א בקדושין על הא דאמר ע"מ שאין לרבך רשות בו והקשו שם הא כן הותנה בתנאי שאם יקנה רבו לא לעבד תהיה המתנה וא"כ איך אמר ר"מ דלאו כלום הוא ותי' הראשונים מהם ז"ל דהוי מתנה עמ"ש בתורה או תנאי ומעשה בדבר אחד — אבל הריטב"א מידם דלא הוי תנאי אלא כשהוא בלשון עשה או לא תעשה בין שיעשה הוא או לא יעשה בין שיעשו או לא יעשו אחרים אבל בדבר שאין בו לשון עשה ולא תעשה אלא מילתא דממילא כגון זה שאומר ע"מ שאין לרבך רשות בו אין זה תנאי אלא שיור בגוף המתנה והוי כהיא דפ' הזרוע ע"מ שהמתנות שלי כו' עכ"ל ועי"ש שעוד הבי"א ראיות ע"ז — ולקמן אי"ה בדיני חוץ אכתוב דגם הרמ"ה שהביא שם הטור דאם אמר ע"מ שלא תהי' מותרת לפלוני אסורה, ובדבריהם שם לא מצא שום טעם לדברי הרמ"ה ושום חילוק בין לשון זה לאם אמר ע"מ שלא תנשאי ותבעלי לפלוני — ולפי דעת הריטב"א א"ש דאם אמר ע"מ שלא תנשאי לפלוני אז תלה תנאו במעשה והוי ע"מ תנאה ותנאם לא הוי שיור בגט כמבואר שם אבל אם לא תלה תנאו בשום מעשה ורק אמר ע"מ שלא תהיה מותרת וא"כ כיון שלא הותנה עליה בשום מעשה רק ממילא והוי שיור בגט כמו חוץ ואסורה וזה ברור מאוד ועי"ש לקמן שהארכתי בסוגי' זה בסברא זו — וסברא זו של הריטב"א ז"ל דומה למ"ש הריטב"א בשם רבו ז"ל בגיטין דף ס"ג גבי הא דאמר רבא היכא אמר מתנה עמ"ש בתורה כגון שאמר כסותה ועונתה דודאי קא עקר ופי' רבינו כו' דטעמא משום דאיהו לאו בשדי דידה קא מתנה אלא הרי היא כמתנה עם התורה שמשום שחייבה התורה כו' לאפוקי הכי דר"י ודאי דבר של ממון הוא ותנאו קיים כיון דא"ל ע"מ שאין לך יש בלשון לשון מחילה אבל בלשון שלא יתן לה לשאול כסות מתנה ה"ה מתנה עם התורה והלכך תנאי בטיל אבל הכא עמה הוא דמתנה שהוא א"ל ע"מ שתעשה או לא תעשה ובכל כה"ג שהיא מתנה עמה ועליה הדבר לעשות כו' לא שהוא מתנה עמ"ש בתורה עכ"ל — וזהו סברתו הנ"ל דכל שיש בה מעשה או לא תעשה הכי זה תנאי משא"כ היכא דליכא מעשה לעשות אין זה מתנה עם הבעל דבר כלל אלא עם התורה ולא הוי בגדר תנאי כלל אלא שיור שמשייר לעצמו ולא מהני נגד התורה — וזהו שכתב הריטב"א בקדושין די"ע הטעם לר"מ בהא דע"מ שאין לרבך רשות בו משום דהוי מתנה עמ"ש בתורה והוא ז"ל חולק דאפי' לר"י לא מהני דאף דאר"י בדבר שבממון תנאו קיים היינו בשאמר ע"מ שאין לך עלי וסובר ר"י דיש בלשון זה לשון מחילה שמחול לו וכיון שכן ה"ל תנאי התלוי במעשה והוי תנאי ולאו מתנה עמ"ש בתורה דהכי לאו ודאי קא עקר לה דהא בידה למחול או לא למחול אבל כל היכא דלא תלה התנאי בשום מעשה ולא תעשה אלא כגון ע"מ שאין לבעלך או לרבך רשות וא"כ כל כה"ג לאו תנאו הוא כלל דלא הותנה אלא עם התורה והיינו השיור שכ' הריטב"א דכל כה"ג לאו תנאה הוי אלא שיור וסברא אחת לכל שני דיני הריטב"א ז"ל כנלענ"ד ודו"ק היטב — ולפי דברי הריטב"א בשם רבו ז"ל א"ק גם קו' התוס' בכתובות נ"ו שהקשו שם דלר"מ אמאי תנאו בטיל ומעשה קיים וכתבו שם מאונס שצריך להיות דומה לתנאי ב"ג וב"ר ולהריטב"א ניחא דכיון דלאו לשון מחילה הוי א"כ לאו עמה הוא מתנה ולא הוי תנאי כלל דעם התורה מתנה — ועיין קצה"ח סי' רכ"ז שהקשה במה שמחדש שם שאם הלוקח שוה דקנה ומחזיר אונאה ואם הותנה המוכר ע"מ שאין לך עלי אונאה והלוקח הוטע אונאה יכול המוכר לחזור דהא כהי דלא מהני מחילה דהוי מחילה בטעות מ"מ כיון דלר"י תנאו קיים דהא לא הוי נגד התורה אך תנאו קיים ויכול, המוכר לחזור שכן הותנה ועי"ש — ולפמ"ש בשם הריטב"א נפל דין זה דהא מה שהותנה המוכר הרי נתקיים שהרי זה מחל לו וא"כ כיון שנתקיים התנאי שוב אינו יכול לחזור דמה יאמר המוכר שהוא הותנה ע"מ שהתם מהני מחילתו זה התנאי אינו תלוי במעשה שלו שהרי הוא עשה את שלו ומחל ואם התורה אמרה דלא מהני מחילתו מה לו עוד לעשות ועם התורה הוי תנאי זה שהשאר עוד ותנאי זה בטיל כן נ"ל אלא דהקצה"ח ז"ל הולך שם בשיטת התוס' כאשר הבי"א שם אבל להריטב"א עם רבו ז"ל הכל נדחה ודו"ק:

דין ו.

ת"כ בממון.

דעת הרי"ף ז"ל דלא בעינן ת"כ אלא בגיטין וקדושין דלא מהני אומדנא וגלוי דעת אבל בממון דמהני אומדנא סגי בלא תנאי ופי' הראשונים בדעתו ז"ל דלא קיי"ל כר"מ כלל אלא לענין גיטין וקדושין. אבל מדברי הר"מ ז"ל נראה דהגאונים שלנו מה"ת סוברים כן מדהקשה עליהם הר"מ ז"ל מתנאי ב"ג וב"ר, ובגוף הסברא של"ג הבעל המאור ז"ל על הרי"ף דאפי' במקום דמהני אומדנא היינו היכא דלא הותנה כלום אבל היכא דהותנה הלי תנאי מגרע גרע מלא אמר כלום עי"ש. ועי"ש שאפי"ל והידוד יש להביא הוכחה מהסוגי' כדעת הרי"ף דהיכא דאיכא אומדנא סגי בלא תנאי ומהני ורק היכא דליכא אומדנא צריך ת"כ וממילא יתבאר שיטת הרי"ף דבגיטין דלא מהני אומדנא צריך ת"כ ולא בממון ולי"ק קו' הר"מ ז"ל מתנאי ב"ג וב"ר כאשר אביא מ"ש שמקנה וכן נראה מהסבי' דר"מ לאו מהכא יליף לה לת"כ ודלא אמרינן מכלל הן נשמע לאו בעלמא דהא כבר אמר כן רשב"ג בגיטין אין לך תנאי בכתובים שאינו כפל וילפינן מיני' כדאמרינן שם דף ע"ו וא"כ ידעינן כבר דל"א מכלל הן כ"ל וא"כ הא דהר"מ כאן שצריך בארץ כנען לת"כ לא משום דיליף מהכי ת"כ בעלמא אלא. הפי' שצריך לגופיה כדי שהתנאי של מרע"ה יהי' כפול דאל"כ יהי' התנאי בטיל כדין כל תנאי שאינו כפול:

והנה יש כאן להקשות נ"ל לר"מ בארץ כנען לת"כ ואי לא כתיב אלא ונאחזו לא הוי ידעינן שלא יקחו בגלעד אם לא יעברו הא אפי' אי לא כתיב בארץ כנען כמי הוי ידעינן מונאחזו לאודא שהנחלות שאם לא יעברו לא יקחו בגלעד. והי' שהא מלך הסכל והסברא שב"ג וב"ר לא בקשו ארץ גלעד כולו אלא בשביל חלקם המגיע להם בכנען מלך הדין ונותנים חלקם שבכנען בשביל גלעד והא תינח אם יש להם מדינא חלק בכנען אז יכלו לבקש עבורו ארץ גלעד אבל אם יהי' הדין שאין להם חלק בכנען לא יכלו לבקש ארץ גלעד וזה ברור מאוד — וא"כ לפ"ז אפי' אם לא יאמר בארץ כנען כלל רק אם לא יעברו ונאחזו בתוככם הוי ידעינן דונאחזו בתוככם לא אתא אלא לנחלות. ושלא יטלו בגלעד דאי כדי שיטלו בכנען אפי' אם לא יעברו ל"ל כלל אם יעברו לא הל"ל אלא תנו להם ואנא ידענא שרק אם יעברו תנו ארץ גלעד שאם לא יעברו א"כ אין להם חלק בכנען וכיון שאין להם כנען איך יטלו כל גלעד בשביל מה הא אין להם בכנען א"ו מדהוצרך לומר רק אם יעברו תנו להם גלעד מוכח שיש להם חלק בכנען אפי' אם לא יעברו ולכך צריך לומר אם יעברו תנו גלעד שאם לא יאמר אלא תנו ה"א אפי' אם לא יעברו דהא בכנען יש להם אפי' אם לא יעברו וא"כ מדמוכח מאם יעברו שאם לא יעברו יש להם בכנען ממילא דאם לא יעברו אתי לכפילא שיהי' ת"כ ולא יהי' תנאי בטל ומעשה קיים ושלא יטלו בגלעד וא"כ ל"ל בארץ כנען לכפילות וזהו קו' מושכלת:

והנה קו' זו גם לרשב"ג יש להקשות אלא דלרשב"ג יש ליישבה דהנה שמקנה הקשה מאי פריך בגמ' שפיר קאמר רשב"ג דילמא איהו סובר ר"מ דה"א שיקנסו ויפסידו חלקם שבכנען דאטו משום דרשב"ג סובר כן פריך שפיר קאמר ע"ש, ונלענ"ד דודאי מלך הסברא החילוקה לא הוי שום סברא שיקנסו ויפסידו חלקם וכמ"ש כן גם הריטב"א ז"ל ע"ש דאפי' אם לא יעברו לא יפסידו רק יכיסו לא"י ישראל חלקם שיכבשו הם שלהם — אבל הענין כך דאמר שאמר מרע"ה אם יעברו ונתתם דמידם לנו שהדבר תלוי בהעברתם ולרשב"ג הא מכלל הן כ"ל וכיון שאמר אם יעברו יטלו ארץ גלעד נשמע הלאו שאם לא יעברו לא יטלו שום חלק בגלעד אפי' הנקם דכן נשמע מכלל הן הלאו וא"כ כיון שיפסידו ויקנסו בחלקם שבגלעד אם לא יעברו מכש"כ שלא יטלו בכנען ועי"ז אמר רשב"ג שאמר אם יעברו צריך תו לומר אם לא יעברו יטלו בכנען אבל מלך הסברא לא אלא דכן הי' מוכח מהאם יעברו וכן למדתי מלשון רש"י ז"ל ד"ה מקמי דכיתא ע"ש ודו"ק — וממילא דל"ק קושי' המקנה דהכי פריך שפיר קאמר דאסר שאמר אם יעברו צריך תו לומר אם לא יעברו ולא מלך הסברא אלא משום שאמר אם יעברו ומכלל הן כ"ל. — וממילא נמי ל"ק לרשב"ג מה שהקשיתי דאחר שאמר אם יעברו ל"ל אם לא יעברו כדי שיטלו בכנען אפי' אם לא יעברו דה"א מכלל הן כ"ל והא היכא לרשב"ג אבל ר"מ דאינו סובר מכלל הן כ"ל דכן מוכח לו מכל תנאי שבכתובים שהוא כפל דל"א מכלל הן כ"ל. וכיון שכן לא מוכח לדידיה שיפסידו מאם יעברו לחוד דכמו שהסברא נותנת שלא יפסידו כן נמי מאם יעברו לחודא לא מוכח כנגד הסברא כמו לרשב"ג דהא ל"א מכלל הן כ"ל וא"כ לא אתא ונאחזו בתוככם אלא להוי ת"כ וצ"ל בארץ כנען — לכן נראה דמהכא מוכח דהתורה סברה דלא צריך ת"כ אלא היכא דליכא אומדנא דמוכח והיכא דאיכא אומדנא דמוכח סגי בלא תנאי ודלא כבעל המאור ז"ל ובהכי ניחא ולק"מ מה שהקשיתי וגם קו' המקנה מיושב — וה"א דהכא אם הם נוטלין חלק בכנען אפי' אם לא יעברו ליכא אומדנא דמוכח שלא יטלו גם בגלעד כנגד חלקם שבכנען ואפי' אם לא יעברו משא"כ אם אינם נוטלין חלק בכנען אם לא יעברו אז ודאי שלא יטלו בגלעד כנגד כנען ואיכא אומדנא דמוכח טובא. — והשתא צריך שפיר לר"מ בארץ כנען לכפילא דמונאחזו ה"א רק שלא יפסידו שאם לא הי' אומר אלא אם יעברו אף שמלך הסברא הי' שלא יפסידו בכנען מ"מ ה"א שיפסידו דהי' מוכח כן דע"כ רצה מרע"ה שיפסידו אם לא יעברו מדלא כפל מרע"ה תנאו ולמה לא חש שיתנו

להם גלעד אפי' אם לא יעברו דהא צריך ת"כ דמוכח מכל תנאי בכתובים דל"א מכלל הן ש"ל והיינו מוכחים דע"כ לא יטלו בכנען אם אם לא יעברו דא; נ"ל לפרש תנאו לגלעד דכיון שלא יטלו בכנען ואין להם חלק שם אם לא יעברו מעילא דאומדנא דמוכח שלא יטלו בגלעד אם לא יעברו וקני בתנאי משא"כ אם נוטלין בכנען אפי' לא יעברו וא"כ ליכא אומדנא דמוכח שלא יטלו גלעד וא"כ למה לא כפל תנאו א"ו שלא יטלו בכנען ומש"ה ל"ל אם לא יעברו. ונאחזו כדי שיטלו חלקם בכנען ותו ליכא. לת"כ לגלעד וצריך בארץ כנען לכפילה:

ובזה מיושב הלשון שאמר רשב"ג במתני' יש במשמע וכן אמר רשב"ג אלמלא כן יש במשמע וי"ל אף שאלו הסברא לא הייתי אומר שיפסידו ויקנהו מחלקם אבל יש במשמע דהיינו שמוכח כן מדאמר אם יעברו ולא כפל תנאו ע"כ שלא יטלו בכנען אם לא יעברו דא"כ הי' לו לכפול, וזהו שאמר בגמ' שפיר קאמר לי' רשב"ג לר"מ ולר"מ דייקא דרשב"ג לטעמו דאיהו מצריך ת"כ וסובר מכלל הן כ"ל. לא קשה מידי אבל לר"מ דסובר ת"כ ודאי שפיר קאמר שצריך אמרו כדי שלא נוכיח אם יאמר אם יעברו לאוד שלא יטלו בכנען אם לא יעברו מדלא כפל תנאו והשיב כ"מ דמ"מ בארץ כנען מיוחד ויש ת"כ — ומוכח לפ"ז כהרי"ף והגאונים ז"ל דל"ל ת"כ רק היכא דליכא אומדנא דמוכח אבל במקום דאיכא אומדנא וגלוי דעת סגי בלא תנאי וזהו דבר חריף ונעים בס"ד:

דין ז.

אי בעינן שאר דיני תנאים היכא דאיכא אומדנא וג"ד.

הנה לענין ת"כ כבר הבאתי שי' הפוסקים דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח לא בעינן ת"כ אבל שאר דיני תנאי' כהא' דבעי' וכגון אם אמר ת"כ ואמר שלאו קודם להן או מעשה ק"ל לא מהני דבשלמא ת"כ נ"ל דאכן סגדי דלהכי כיון דהא איכא אומדנא דמוכח וקני בהלי תנאי או אפי' ל"א כלום וכמ"ש התוס' אבל אם אמר שלאו קודם להן הוי כאומר להיפוך ולא מהני או במעשה ק"ל. — ויש לי ראי' מהא דכתבו התוס' קדושין דף ו' ע"ב באתרוג כתון לך ע"מ שתחזירו לי דהם נ"ל ת"כ משום דאיכא אומדנא דמוכח ומ"מ הקשו א"כ דהיכא מהני תנאי זה הא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד וע"ש מה שתי' ואי כימא דבאומדנא נ"ל כלל לדיני תנאים א"כ לק"מ דכמו שא"ל ת"כ כן נמי הוי תנאי אפי' אם בדבר אחד. — א"ו דדוקא ת"כ נ"ל דהוי כאילו אמרו לגד השני נמי משום האומדנא אבל שאר דיני תנאים צריך. — אך נראה דאין מתוס' הללו ראי', כ"כ דלכאו' קשה אמאי לא הקשו התוס' ממעשה ק"ל דהא אמר תחילה המעשה ואי דאפשר לתרץ שנקיט שלא בדקדוק א"כ גם מת"כ ל"ק מה שהקשו שם א"ו דלא ניחא לתרץ כן וא"כ הי' להם להקשות ממעשה ק"ל. — א"ו נראה דכל דיני תנאים נ"ל היכא דאיכא אומדנא ואפי' אם אמר הלאו קודם להן אם סותרה הכל או המעשה קודם נמי מהני לגבי מתנאי ומעשה בדבר אחד והסברא לחלק דכל דיני תנאים שהסברא שלהן הוי משום דאין התנאי טוב ולא אמרו בלשון המועיל מהני היכא דאיכא אומדנא דמוכח דאמרינן אף דהלשון שאמר לא סגי מ"מ ידענו כוונתו ולכן סגדי. ומהני מש"כ תנאי ומעשה בדבר דאפי' אם אמרו בכל לשון טוב שבעולם מ"מ לא מהני דלא מהני שום תנאי בדבר אחד עם המעשה וא"כ מאי מהני אומדנא דמוכח דידענו שלכך נתכוון וכך רצה הא אפי' אמר כוונתו בפירוש ובכל לשון יפוי לא מהני ולא יהי' יותר טוב האומדנא ממה שהי' אומר בפירוש וכל דהם לא מהני גם כאן לא מהני ומש"ה הקשו מתנאי ומעשה בד"א. — ומ"מ נראה הפשוט בדעת התוס' ז"ל דמש"ה לא הקשו ממעשה ק"ל משום דעכ"פ אפשר לתרץ דנקיט שלא בדקדוק כדאמרינן בכמה דוכתי במתני' ובברייתא ומש"ה הקשו מתנאי ומעשה בד"א ובאמת הי' יכולין לתרץ כן גם א"כ אלא סברי שאמת דמהני באומדנא דמוכח בלי תנאי ולכן נראה מסברא דרק ת"כ מהני אבל אם אמר המעשה ק"ל או הלאו קודם לא מהני ככ"ל:

והנה לכאו' יש להקשות אהכהי דלא בעי ת"כ היכא דאיכא אומדנא דמוכח א"כ בשבועה ל"ל לכהן לומר הא דאם לא שכב כלל לא לימא אלא בלי תנאי הנקי ואת כי שטית דהא וודאי איכא אומדנא דמוכח שאם לא שכב ולא נטמאה שלא תמות דמהיכי תיתי ול"ל ת"כ ואפי' לר"מ. — אך לק"מ דודאי גם לר"מ צריך משום ברכה כמו לרשב"ג דע"ז ליכא אומדנא. — אלא דלפ"ז יש לתרץ קו' התוס' שהקשו דהוי לאו ק"ל ומעשה ק"ל והני הכי קושי' לק"מ דהא כל היכא דאיכא אומדנא לא איכפת לן כלל במשפטי תנאים ואפי' אם אמר המעשה והלאו קודם ומדהקשו כן התוס' ש"מ דאף דאיכא אומדנא דמוכח לא מהני אלא לת"כ אבל אם אמר הת"כ ואמר שלאו קודם או המעשה לא מהני וזהו ראי' גדולה למ"ש לעיל:

ואמנם אעפ"כ נראה ע"פ חידוד קצת ליישב שני קו' התוס' דהא שהקשו שאמר הלאו קודם י"ל דהכ"ן הא הקדים שצריך הן קודם כדי שלא יוגמר בהן ובגמר דבריו אדם נתפס וי"ל דהא תנאי היכא שאמר התנאי קודם למעשה כמו בכל תנאי וא"כ אם יאמר ההן לבסוף יהי' נגמר בהן של המעשה ונתפס בגמר משא"כ כאן שאמר בחלוקי הני המעשה קודם וא"כ גמר דבריו בהן של התנאי ולא במעשה שהרי אמר ואת כי שטית בסוף ומהכי ואי תימא לימא כן בכל תנאי ומהני גם לאו קודם להן ז"א דבשאר תנאי דליכא אומדנא א"כ אפי' אם יוגמר בהן של תנאי מ"מ הא אמר המעשה בסוף דמה שנאמר בתנאי איכו כלום דלא קמשמע מכללו לאו דהא ל"א מכלל הן כ"ל וא"כ הוי שנגמר בקיום מעשה משא"כ כאן דאיכא אומדנא דמוכח וא"כ נשמע מכלל הן של ואת כי שטית שאם לא שטית לא הנקי וא"כ לא קיים בהן שהרי לא קיים הנקי אלא ואת כי שטית. — ולפ"ז מיושב גם קו' השניה שהקשו דה"ל מעשה ק"ל דהמקשה הסביר דמש"ה לא מהני לר"מ מעשה ק"ל אף דהוי תכ"ד משום דל"ל לר"מ מכלל הן כ"ל ולא נשמע מההן שלאו רק מהשלאו והוא לא הוי תכ"ד של המעשה והא היכא שם משא"כ כאן דשפיר נשמע גם מההן שלאו דהא איכא אומדנא דמוכח וא"כ הא הוי ההן תכ"ד של אמירת המעשה ומש"ה שפיר מהני ודו"ק כי זה נכון בס"ד ואי קשי' למה פתח הכהן בלאו והוצרך לומר אח"כ המעשה קודם לימא כסדר כל תנאי לק"מ דע"ז אמרינן בסנהדרין דמכאן מוכח פותחין בזכות תחילה וד' יזכינו לראות נפלאות מתורתו אמן:

דין ח.

מתנה על מנת להחזיר בחמץ.

כתב הפר"ח המ"ס דמתנה ע"מ להחזיר בחמץ אסור מדינא כהרדב"ז והטעם דכל זמן שהתנאי תלוי הוי כפקדון ואם נתקיים התנאי אעפ"י שנאמר למפרע שהחמץ הי' של נכרי בשעת קיום התנאי כבר עבר הישראל ולא יועיל קיום תנאי לבטל הלאו שכבר עבר ע"כ וכי עוד ולא דמי לנכרי שהלוה לישראל על משכון דל"א דהוי כפקדון שאני התם דהוי בידו לקיימו דבע"פ יגמור בדעתו שלא לפדות עוד אבל הכא אין ביד הישראל לקיים ואפשר שהנכרי לא יחזירנו ע"כ ע"ש ובדברי אמת הניחו בתימא דהא הכל מודים בע"מ בין בתנאי דשב ואל תעשה ובין בקום ועשה שאם בא עליה מקיים התנאי ואזיל ושפיר ולא אמרי' הגט פקדון הוא ושמא לא יקיים התנאי ונמצאת א"א ע"ש והוא קושי' גדולה ונפלאה: ונלענ"ד כוונת הרדב"ז מהירושלמי שהביא הרשב"א בפ' המגרש וז"ל ע"מ שתבעלי לפלוני בתחילה הוא אסור לבעול עבר ובעל הותר הגט למפרע ע"כ והקשה הרשב"א הא קי"ל כל ע"מ כאומר מעכשיו ע"ש. ונלענ"ד דהירושלמי סובר דהא דע"מ כמעכשיו לא דמיד חל הגט אלא הפירוש שאחר שיתקיים התנאי חל הגט מלמפרע וא"כ שפיר אמר דמתחילה הא אסור לבעול משום א"א דהא עד שלא בעל איכא מגו' והגט כפקדון בידה אלא שאח"כ כשבעל הותר למפרע, והרשב"א שהקשה על הירו' הוא סובר דע"מ כמעכשיו הייכו שהגט חל מיד והיא מגורשת אלא שאם לא תקיים תנאה יתבטל הגט מלמפרע ומש"ה שפיר הקשה אבל הירושלמי סובר כמ"ש — ולפי דעת הירו' וכמו שכתבתי שחילוק בין תנאי של שב ואל תעשה לקום ועשה הוא מש"ה דבתנאי דשב ואל תעשה היא מגורשת מיד וכשתעבור על תנאה יתבטל הגט מלמפרע ולכך היא מותרת להנשא מיד כיון שהיא מגורשת גמורה מעכשיו אבל בקום ועשה שהתנאי מוסר מעשה איכה מגורשת עד אחר קיום שנעשה ומלמפרע וסובר הירו' דכל שהתנאי מחוסר מעשה א"א להיותה מגורשת מיד דהא עדיין מחוסר מעשה ואי תימא הא כל שבידה לאו מחוסר מעשה הוי כדקי"ל לענין דשלב"ל י"ל דלא הוי בידה לא מבעיי בתנאי זה שתפס הירושלמי ודאי לאו בידה שתבעל לפלו' אלא אפי' כל תנאי שבידה מ"מ דילמא תאנס ולא תוכל לקיימו ומש"ה לא הוי בידה בכל קום ועשה וכיון דלאו בידה הוי מחוסר מעשה ואיכה מגורשת אף בע"מ דמעכשיו עד אחר קיום התנאי ולמפרע, ולדעת הרשב"א מעכשיו מגו' מיד ומ"מ אנו מחלקין בין שב ואל תעשה לקום ועשה מדרבנן שמא לא תקיים תנאה אבל להירושלמי הוי חילוק זה מדינא וכמו שכתבתי ועי' לקמן כלל כ"ד דין ד' מ"ש שם לדעת הר"ש ז"ל דברייתא דלאמר לא תנשא הי' סוברת כירושלמי וסוגי' דהמגרש חולקת וסובר כת"ק דעוד הנא דקדושין דף ס' ע"ב עיי"ש היטב:

ויש לתמוה על מרן הב"י שהביא דין זה של הירושלמי דאסורה להינשא משום שהוא א"א עדיין וא"כ גם בשאר תנאי דקום ועשה תאסור להינשא משום א"א ואמאי לא אמרינן לה בשאר תנאי אלא מדרבנן מ"ש תנאי זה שתבעלי לפלוני משאר תנאי דקום ועשה ולא ראיתי מי שהתעורר בזה. ונראה דס"ל להב"י דכיון דהירושלמי סובר כן ובגמ' דילן לא נמצא חולק א"כ ע"כ צריכין אנו לחלק ולומר דבתנאי זה שתבעלי לפלוני כיון שאין בידה כלל וודאי כן הוא דאף דע"מ כמעכשיו מ"מ לאו כמעכשיו שתהי' מגורשת מיד והיא תקיים תנאה דכל שמחוסר מעשה שאין בידה כלל וודאי דאיכה מגו' עד אחר שתקיים תנאה ומעכשיו הייכו לומר דאח"כ מלמפרע מגורשת משא"כ בשאר תנאים שאין תלוי בדעת אחרים כביאה אלא בידה אף דאיכא

מ"מ

מ"מ השתא אונס מ"מ מגורשת מיד בע"מ דלאונס ל"ח והוי תנאי שבידה על דמשום א"א ליכא אבל מדרבנן חששו שמא תאנס. — כן נראה לדעת הב"י. — אבל הרדב"ז סובר דבכל תנאי דקו"ע כיון דמוסר מעשה שאין בידה לגמרי הוי א"א וסגי פיקדון עד אחר קיום התנאי. וא"כ מש"ה בממן כמי בע"מ להחזיר כיון שאין ביד הנכרי לקיים תנאו שמא יאנס א"כ הוי מחוסר מעשה ולא חלה המתנה עד אחר שהחזיר הנכרי וא"כ עבר הישראל בפס ואף שאח"כ קיים תנאו מ"מ לא מועיל קיום התנאי ללאו שכבר עבר ואפי' לאחר הפסח אסור דאסור וכמ"ש הפ"ח לקמן מרש"י שם בסוגי' דכל שעבר הישראל אף שאח"כ אגלאי מילתא לא מהני מ"מ דעכ"פ הוא הכניס עצמו ולא הי' בידו ובאמת בשעתו עבר על ב"י ואף דבשא דהירושלמי כשעבר ובעל הותר מלמפרע מ"מ הא עכ"פ התחילה אסור וא"כ לענין חמץ אסרו אותו בכה"ג.

ונראה לי להביא ראיה למ"ש מלשון הרשב"ם שכ' אשה דאמר רבא החזירו יצא כי שם דכשהחזירו נתקיים התנאי ואגלאי מילתא למפרע שהי' שלו ע"כ ולכאו' קשה על פירוש זה הא לפי מה דקיי"ל ע"מ כמעכשיו א"כ הוא מיד יצא אלא על שאם לא החזירו הי' לו לפרש כן שאם לא החזירו אגלאי מלמפרע שלא הי' שלו וכן פרש"י ז"ל באמת בקדושין אהך מילתא ע"ש אבל על החזירו לאו משום דאגלאי מילתא מלמפרע הוא אלא שמיד הוי שלו ויצא והוא יקיים תנאו א"ו נראה דסובר הרשב"ם כמ"ש בשם הרדב"ז שהוא לא יצא מיד עד אחר שיקיים התנאי ואז יצא מלמפרע. — ונראה דהרשב"ם הולך בזה לשיטתו שכ' בסמוך שאם נאנס ולא החזיר לא יצא ועיין מל"מ שכ' ב"ב בשמו כן וא"כ כיון שאם נאנס לא נתקיים התנאי א"כ הרי התנאי זה אינו בידו להתקיים דשמא יאנס וכל שאין בידו הוי מחוסר מעשה ולא חל המתנה מיד רק אחר שיתקיים ומלמפרע:

ואמנם לקיים הדבר נראה שהרשב"ם לקח לו דין זה מדברי רבא שאמר אם החזירו יצא והם שפה יתר דלא ה"ל למימר אלא הילך אתרוג זה ע"מ שתחזירהו לי יצא ואם לא החזירו לא יצא ל"ל לומר אם החזירו א"ו נראה רבא להורות בזה שלא יצא עד אחר שהחזירו ואז יצא מלמפרע ונראה להורות לנו שאם נאנס ולא החזירו אפי' מתוך אונס לא יצא דכן מוכח ממה דלא יצא מיד משום דהוי מחוסר מעשה שאינו בידו והיינו אונס וכמ"ש לעיל וזה נכון והיינו כרדב"ז ופ"ח:

וע"פ הדברים האלה אמרתי ליישב דברי הסמ"ג הובא בהגמיי' שכתב שצריך לזהר בכל דיני תנאים והקשו עליו הא אדרבה אם לא יזהר א"כ יהי' תנאו בטיל ודאי יצא יותר ונראה לפרשו — ונראה דהנה המח"א הקשה על הרא"ש והרשב"ם הסוברים דלא קיים התנאי באונס והקשה הא אפי' אם הותנה בפי' על אונס כמי בטיל תנאו דהוי תנאי שאין בידו לקיימו וכל תנאי שאין בידו לקיימו תנאי בטיל וכ' שם בנו ז"ל דלא דמי לתנאי שאין בידו דהא יש בידו עכ"פ אם לא יאנס. ובאמת יפלא מה ראה הגאון מח"א להקשות כן — ונראה דהנה איתא בזה פלוגתא כאחרונים ז"ל מאיזה טעם לא מהני תנאי שאין בידו לקיימו. יש מהן הסוברים דאין זה מקרא דתנאי ב"ג וב"ר אלא מכח סברא דודאי מי שמתנה על תנאי שאינו בידו לא הוי אלא כמפליגו בדברים דאל"כ מה כלה וא"כ ודאי לפי שיטתם לק"מ קו' המח"א דכיון דכאן אם לא יאנס הוי בידו וא"כ לא הוי כמפליג ולכך מהני התנאי שפיר אפי' על האונס כמובן אבל יש מהסוברים דגם דין תנאי זה מתנאי ב"ג וב"ר אתו למדין וכן הובא שכי דיעות אילו בדברי אמת ע"ש ולפי דעה זו שפיר הקשה המח"א כי תנאי זה שהותנה גם על אונס ודאי לא דמי לתנאי ב"ג וב"ר דהם ודאי שעל זה שאם יהיו ב"ג וב"ר חולאים ולא יוכלו לילך לא הותנה מרע"ה שלא יטלו חלקם וא"כ אינו דומה להם ולא הוי תנאי על אונס כלל וזה ברור:

ולפ"ז סובר הסמ"ג דודאי בהא דרבא שלא כפל תנאי ולא צריך שום דין תנאי משום דהוי גלוי דעת וכמ"ש התוס' והרשב"ם וא"כ כיון שכפל התנאי ואפי' לא הותנה ממילא שא"ל להיותו דומה לב"ג וב"ר ומה אפי' על אונס ומש"ה לא יצא מיד עד אחר שיחזירו שאינו בידו וכמ"ש הרשב"ם ומלשון רבא. וא"כ מי שיעשה כן כדינו של רבא לא יצא מיד וגם אם יאנס לא יצא כלל, וכיון דבין כך ובין כך יפטור מלשלם דהא לא הוי שומר וכמ"ש הרשב"ם א"כ להנותן לא מעלה דין זה כלל לכך כתב הסמ"ג עלה נכונה דהיינו שיזהר לשנות כל דיני תנאים ובזה יגלה דעתו שרוצה לעשותו כדין תנאי ב"ג וב"ר ולא לסמוך על גלוי דעת וכיון שכן אם יאנס ג"כ יצא דהא על האונס לאו בידו ולא דמי לתנאי ב"ג וב"ר והוא רוצה שלא יהנה אלא מכח תנאי של ב"ג וב"ר ויהיה על האונס תנאי בטיל ולא הוי תנאו קיים אלא על מה שבידו ויהוי' בזה המקבל שיצא מיד אף קודם שהחזירו וגם שאם יאנס גם כן יצא והנותן לא הפסיד בזה כלום דסוף סוף לא ישלם לו וא"כ מה יפסיד אם יצא וזהו עלה נכונה ועמוקה כנ"ל נכון:

הן אמת שדברי המח"א ז"ל הם דברים תמוהים לכאו' כי לפי קושייתו על הרא"ש דאין התנאי חל על האונס כלל א"כ קשה כל הדין של אונס בקדושין וגיטין ודין שהביאו הראשונים מירושלמי גבי שמפין דפי' בו הר"ן וכן הש"ך בסי' ר"ה דהוי אונס דמתנה חייבו ומש"ה לא הוי קדושין בשלא בא ואפי' מתוך אונס משום שהאשה לא נתקדשה לו בשלא יבוא ואפי' באונס, וא"כ הם ג"כ קשה הא כל אונס לאו בידו וא"כ לא חל התנאי כלל ואפי' פירשה, א"ו דלא אמרינן כן ולא שייך כאן תנאי שאין בידו לקיימו וכמ"ש בנו של המח"א ולפ"ג — וע"כ נראה לפרש דבריו כהעתיק לשונו הטהור וז"ל זהו אינו נראה לענ"ד דהא ודאי לא הותנה זה ע"מ להחזירו אלא היכא דבידו להחזירו אבל כל שאין בידו להחזירו כגון כו' כי הא לא מהני תנאה ואפי' הותנה בפי' משום אין בידו לקיימו כו' תנאו בטיל ומעשה קיים עכ"ל שצריך — והנה יש לדקדק בלשונו דתחילה התחיל שהרי לא הותנה זה אלא היכא דבידו ומשמע שרוצה להקשות דלא הותנה על אונס כלל וא"כ מסיק דאפי' הותנה לא מהני דהוי אין בידו לקיימו ותנאו בטיל מדין כל תנאי שאין בו דין תנאים — וע"כ נראה דהכי מקשה ודאי אם הי' הותנה בפירוש אף על אונס לא הי' מקשה כלום דהי' מחלק הגאון ז"ל שאין זה דומה לתנאי שאין בידו לקיימו דאמרינן בגמ' שתעלו לרקיע וכה"ג וכמו שכ' בנו לחלק דשם הוי כמפליגה בדברים משא"כ כאן הא אפשר לקיימו כשלא נאנס — אבל קושיתו היתה דאכן נימא דכיון דלא פי' שאונס ודאי לא הותנה זה אלא על הא שבידו היכא דלא נאנס אבל על היכא דנאנס ולאו בידו להחזירו לא הותנה כלל ועי"ז הביא הך דבכל תנאי שאין בידו לקיימו. כדי לחזק קושייתו והביא ראיה לקושייתו מהא דאמרי' בכל תנאי שאין בידו לקיימו כלל דתנאו בטיל והטעם דודאי לא אמר אלא להפליגה דהא למה הותנה ומה יועיל לו תנאי זה שתעלו לרקיע כיון שאין באפשר להתקיים וא"כ מה אם הותנה כן בפי' אמרינן דלא נתכוון זה לתנאי ושהי' המעשה בטילה בהעדר התנאי אלא להפליגה מכש"כ כשלא הותנה בפי' על דבר כזה שאין בידו דאמרינן שודאי לא נתכוון לכך כלל דמה. יועיל לו תנאי זה שאין בידו לקיימו וא"כ ודאי שלא נתכוון זה הנותן אלא על החזרה שבידו של מקבל לקיים אבל על האונס שאין בידו לא נתכוון כלל, וממילא דבכל האונס מעשה קיים כיון דליכא תנאי ולא הי' קושייתו דליבטל התנאי משום דכל תנאי שאין בידו תנאי בטיל אלא משום דאמרינן דעתו שלא הותנה על אונס כלל היכא שאין לו שום ריוח במה שיתנה על האונס ולמה נימא שהותנה עליו אלא ודאי לא הותנה עליו כלל אמרינן כמו דאמרינן בשהותנה על דבר שא"א לקיימו דלא נתכוון לתנאי אלא להפליגה דהא לא יועיל לו תנאי זה כן כמי כאן ודאי אמרי' דלא הותנה עליו כלל דעל שאין בידו למה יתנה ומה יועיל לו וא"כ כשלא הותנה ליכא תנאי על אונס כלל ומעשה קיים זהו נראה ברור בכוונתו ול"ק קו' בנו ז"ל כלום ויפה כח האב — ולפ"ז ל"ק גם מה שהקשיתי על המח"א מהא דשמפין דאמרי' אונס כמאן דלא עביד דהא שהקשה המח"א כן הייני כאן דכיון דכבר נתן לו האתרוג ואינו מרויח כלום במה שיתכוין גם על האונס דהא סוף סוף לא יחזירו לו וגם פטור מלשלם וא"כ ודאי יותר נימא דלא הותנה על האונס כלל שאינו ביד המקבל מלומר שנתכוין כדי שגם לי גם לך לא יהי'. משא"כ שם בשאשה שנתקדשה לו על תנאי שיבוא וכל כה"ג ודאי אמרי' שפיר אונס כמתנה חייבו ל"א ודעתה היתה שיבוא עכ"פ ושאם לא יבוא ויכניסה אפי' מתוך אונס לא תהי' אשתו ויבטלו הקידושין וכיון שהיא הרויחה בתנאי זה שהוא אפי' על אונס שלא תהי' אגודה בו יותר אין זה דומה לכאן ואמרי' שגם על אונס הותנה וכן בכל כה"ג כגון מי שאמר אם תעשה לי דבר זה אתן לך מתנה זו ודאי שאם נאנס ולא עשה לא יתחייב זה במתנה דמה לו עם אנסו ואמרי' שגם על אונס הותנה כדי שאם לא יעשה לו המעשה לו יתן לא המתנה, ומהני התנאי אפי' על האונס שאין בידו כיון שיש בידו כשלא יאנס וכדברי בנו ז"ל ורק כאן באתרוג זה הוא דומה לתנאי שא"א לקיימו לומר שבשם שהם לא נתכוין אלא להפליגה דלמה יתכוון לתנאי שאין בו כלום כן כאן אמרי' כמי שלא נתכוין לתנאי של אונס במה שאינו מרוויח כלום בתנאי זה אה ברור — אלא דלפ"ז כפל גם מה שכתבתי לעיל בדעת הסמ"ג דלפ"ז אין חילוק בין אם הותנה כתנאי ב"ג וב"ר או לא דכיון דלאו משום דין תנאי של ב"ג וב"ר הקשה א"כ גם אם לא יכפול ויכים על גלוי דעת כמי אמרי' שלא נתכוין לתנאי של אונס אם הקושי' של מח"א אמת — ונראה דיש לומר בנגון אחר, והוא דהנה הא שכ' הבעה"ט דבאתרוג לא יצא בחזרת דמים הייני דוקא אם לא נאבד וצריך להחזירו בעין אבל אם נאבד וא"א להחזירו בעין א"כ למה נימא כסברת הרא"ש שחייב לשלם ומ"מ לא הוי קיום התנאי למה לא נימא יותר שכן נתכוין שאם יאבד יוכל לקיים תנאו בחזרת ממון כיון דלהנותן אין קפידא תו בזה דהא האתרוג ליתא בעולם שיחזירו, אלא דזה אינו דכיון דמשמעות התנאי לא הוי אלא על החזרה בעין א"כ מחזרת דמים לא דיבר כלל ואין יכול להיות קיום תנאי במה שלא נזכר בתנאי ולא מוכח, והשתא נראה דסובר הסמ"ג שאם נזהר בכל דיני תנאי של ב"ג וב"ר, ואם כן קשה איך יכול להיות תנאי זה כדיני תנאים הא הוי תנאי ומעשה בד"א ולא מהני אפי' אם אינו סותר לכמה שיטות וע"כ שנתכוין זה הנותן לאם יאנס יקיים התנאי בחזרת דמים וא"כ שפיר מהני התנאי דאף שאם יהי' בעין צריך להחזירו ולא סגי בדמים מ"מ כיון דבתנאי של האונס לא הוי תו תנאי ומעשה בד"א מהני כל התנאי כמו דמהני

על האונס, ולפ"ז יש ביד המקבל תמיד לקיים התנאי בין ירצה בין לא ויצא מיד דהא בידו מש"ה הא דרבא שלא כשר ומשני מצד גלוי דעת לא בעינן דיני תנאים כלל ומהני אף שהוא תנאי ומעשה בד"א וא"כ אין הכרח שנתכוין לפטור ולקבל התנאי בדמים אם ירצה ולא יצא — ואגב אכתוב מה שראיתי בתשו' ח"ס על חו"מ סי' א' שם בד"ה ולפי שם בסוף שכ' וז"ל והר"ן לשיטתו לא הי' צריך לזה דמשמע מהנ"ל דס"ל אונסא כמאן דעביד דמי וה"ל כאילו החזירו והוי מתנה למפרע עכ"ל ולע"ג הא קיי"ל כר"י אונסא כמאן דלא עביד ואדרבה לפי מה שהביא הר"ן בקידושין פלוגתייהו דר"י ור"ל הא ודאי כר"י קיי"ל — עוד איתא שם בתשו' קל"א בתחילה הביא מהגאון מו"ה עקיבא איגר ז"ל להסביר דלא קשה קו' הראשונים עשה דאינו יכול להקדישו דהיינו טעמא דמ"מ אף שאינו יכול להקדישו ליכא שיורא במתנה אלא משום תנאי הוא דאינו יכול להקדיש וחילוק זה איתא בהמגרש בין ע"מ לחוץ — הן אמת שכן כתב גם המקו"ח ואמ"ו ז"ל ביריעות שלמה ואני מצאתי סברא זו מפורשת בנמק"י ב"ב דף ס"ד לתרץ קו' זו שכ' שם בפי' דהא דאין יכול להקדיש היינו משום תנאי ע"ש ול"ע איך נעלם מהם ז"ל עוד כי שם במ"ס ד"ה ודברי וז"ל ולכאו' ל"ע הא מבואר דמתנה ע"מ להחזיר מתנה גמורה היא ע"ת ואילו הותנה ע"מ שתעשה לי דבר פלוני ונאנס ולא עשה קיי"ל כמאן דעביד ע"כ ולע"ג דאנן קיי"ל כמאן דלא עביד — ובתשו' הראשונה שהבאתי הי' אפשר לומר שסובר הח"ס ז"ל דהוי באתרוג אונס כמתנה שטעו משום דהכי נתן לו האתרוג וכמ"ש לעיל וכיון שא"א להחזירו הוי כמתנה שטעו ולא חייבו אבל כאן בתשו' זו שכ' דאילו הותנה ע"מ שתעשה לי דבר פלוני כה"ג ודאי הוי אונס כמתנה חייבו ולא הוי מתנה כמובן ולע"ג:

עוד במתנה ע"מ להחזיר הנה כ' בסידור הו"ד שצריך שיהי' האתרוג שלו עד שיוכל ליתנהו לאחר במתנה ע"מ להחזיר ואי לאו לא יצא שאין בו דין ממון ובתשו' שואל ומשיב השיג עליו — ולענ"ד נראה שהדין דין אמת כמ"ש בעל הו"ד ז"ל. דהנה לדעת הרשב"ם שם ב"ב שהוא פי' אתרוג זה נתן לך ואחריך לפלוני אחר מיתתך, וכ"ל שהוא הולך לשיטתו שם שפי' בהא דאתרוג שאני משום שנתן לו כל ימי חייו וכאן פי' ג"כ באנו למחלוקת רבי ורשב"ג היינו לאו דפליגי באחריך וא"כ מש"ה הוכרח לפרש גם כאן שנתן לו האתרוג על כל ימי חייו — ומזה נראה שיצא להרשב"ם ז"ל דמתנה ע"מ להחזיר לא בעי הקנאה כשמחזיר לו דלא הוי אלא מתנה לשעה וכשיטת רבינו אביגדור שבתשו' הרא"ש המובא בקצה"ח סי' רמ"א דאי בעי הקנאה א"כ קשה הא איירי באחריך אחר מיתתו ואיך יכול להקנותו לאח"מ וכן הקשה הקצה"ח על הרא"ש ונעלם ממנו ז"ל דהרא"ש מפרש הסוגי' דלא כרשב"ם שהוא מפרש אחריך אחר שיצא בו ולא כל ימי חייו ע"ש והיינו משום דסובר באחריך הטעם משום שלא שייך לעצמו וכמ"ש הרמב"ן שם ולא כרשב"ם משום כל ימי חייו — עוד מפרש הרא"ש שם אתרוג לך ואחריך לפלוני הוי כמו שאמר ע"מ שאחריך לפלוני דהיינו בתנאי ע"ש ותמצא כן אבל הרשב"ם סובר כרבינו יונה שבטור דדוקא כל ימי חייו ומש"ה מפרש לה באחר מיתתו, וא"כ עכ"פ לפירושו מוכח דמתנה לשעה מהני ול"צ הקנאה ומכח קושי' הקצה"ח ז"ל וכ' שם הרשב"ם ד"ה מכרה וז"ל דלרבי יורד הלוקח ומכרו לצאת בו דלפירי יהבה ניהליה והיינו פירותיו עכ"ל והנה בזה דאי כיצא דלא הוי שלו אלא לצאת שיכול לצאת בו אבל שאר דין ממון אין לו בו כלל א"כ ודאי דלא הוי לכם כלל דלענין מה הוי שלו הא מצוה לאו הנאת ממון מיקרי דהא מצות לאו להנות ניתנו אלא ע"כ שנתנו לו לצאת בו ושיכול למכרו לאחר כדי לצאת בו וזהו המכירה הוי פירות של האתרוג ובזה הוי לכם — ולפ"ז מבואר דעת הרשב"ם דגם במתנה ע"מ להחזיר ע"כ צריך שיהיה באופן שיכול המקבל ליתנהו לאחר במתנה ע"מ להחזיר עכ"פ דאל"כ לא הוי לכם כלל — וזהו כמ"ש הסו"ד, ועפ"ז נראה ליישב מה שהקשו האחרונים על שיטה זו של הרשב"ם וסייעתו דמתנה ע"מ להחזיר הוי מתנה לזמן ול"צ הקנאה בחזרה וקשה קו' הרא"ש מהא דאמר ר"ז לא ליקני איניש לולבו לקטן ביו"ט א' דקטן לא יכול להקנותו להנותן וקשה ליתנהו לו לקטן עד אחר שיצא ולא בעי שום הקנאה. ולמ"ש א"ש דהרשב"ם סובר שצריך לתתנו לו באופן שיהי' המקבל יכול למכרו או לתתנו לאחר כדי לצאת בו דאל"כ הוי כשאול ולא יצא המקבל, וא"כ בקטן כיון שאין הקטן יכול להקנות לאחר שום דבר א"כ אם יתנהו לו לזמן הוי כשאול ממש ואף שעל דעת שנתנו לו במתנה יותר ממה שישאל לו אלא ע"כ אם הוא רוצה שיצא הקטן כמו גדול באתרוג שלו צריך ליתנהו לו במתנה גמורה לעולם דזה הוי שלו והוי לכם אף שאינו יכול למכור וליתן מ"מ שלו הוא אבל אם יתנהו לו לזמן לא הוי כלום אלא שאול דהקטן אין לו שום פירות בו כיון שאינו יכול למכרו לצאת בו אחר ושפיר אמר ר"ז לא ליקני איניש לולבו לקטן דהיינו ע"כ הוא רוצה להקנותו לו לגמרי וא"כ תו לא יכול הקטן להחזירו לו בהקנאה ואם יתנהו לזמן לא יהי' רק שאלה וזה נכון — ואמנם לפי' הרא"ש והריטב"א דמתנה ע"מ הוי מתנה עולמית וצריך הקנאה בחזרה לא א"ש לכאו' דינו של הגאון הו"ד דאף שאינו יכול ליתן המקבל לאחר במתנה ע"מ להחזיר מ"מ הוי שלו לגמרי — אך נראה דגם לשיטתם לא מהני כלום ולא הוי לכם אם אינו שלו כדי שיוכל ליתנהו במתנה ע"מ להחזיר וכמו שאבאר דהנה התוס' ורא"ש הקשו הא כל מתנה שאין יכול להקדישו אינה מתנה ותי' בנמק"י דמש"ה מהני כאן דהא דאינו יכול להקדיש לא הוי שיור במתנה אלא משום תנאו אינו יכול להקדישו שהרי צריך לקיים תנאו ותנאי הוי מילתא אחריתא כדאמרינן בהמגרש ע"ש בנמק"י דף ס"ד שכן כוונתו — וא"כ הא הינה במקדיש או מכור לאלוטין שאינו יכול משום קיום התנאי אבל אם לא משום תנאו הי' יכול והוי שפיר שלו אבל אם אין בידו אפי' ליתנהו במתנה ע"מ להחזיר לאחר א"כ הרי מתנה זו אינו מעכבו מלקיים תנאו שאם יחזיר לו האחר יחזירו גם הוא ויקיים תנאו וא"כ אם מ"מ לא הוי שלו לענין זה אין לך שיור במתנה גדולה מזו שאינו שלו כלום ולא הוי לכם — וכן לפי מה שתי' התוס' דעכ"פ לאותה שעה עד שיחזירו יכול להקדישו ודאי מוכח דאם אינו יכול ליתנהו בשעה זו במתנה ע"מ להחזיר אינו שלו ואינו מתנה דהא דקתני כל מתנה שאינה יכול להקדישה לאו דוקא הקדש אלא הוא הדין מכירה ומתנה כמבואר בראשונים שם. — וא"כ כל שאין לו בו זכות שיוכל ליתנו במתנה ע"מ להחזיר לא שמה מתנה — ולא נשאר לנו אלא לדעת הרא"ש שכ' ב"ב לחלק דשם בבית חורין שאני דלא הי' אלא שעתא וכן תי' הר"ן ובתוס' לחד תי' וכתב הרא"ש שם דשאר מתנה אף שאינו נותן לו אלא לדבר אחד הוי מתנה והביא ראיה מהא דאתרוג נתן לך אע"פ שאינו יכול להקדישו הוי מתנה ובלבד שיחזירהו לבסוף עכ"ל. וכ"ל כוונתו דה"ק אע"פ דבאתרוג ע"מ להחזיר אינו יכול לו להקדיש ולא למכור ולא ליתן דהא חייב להחזיר וא"כ לא להוי מתנה כלל מ"מ מהני כיון דעכ"פ לשעתה הוי שלו ויכול ליתנה במתנה ע"מ להחזיר וזהו שאמר הרא"ש ובלבד שיחזירהו לבסוף ומה לשון לבסוף שכתב א"ו ה"ק דמשום דעד שיחזירו יכול לעשות בו כרצונו אלא שלבסוף יבוא לידי חזרה — ועוד כ"ל דהא שכתב הרא"ש דהוי מתנה לכל מה שנותן לו ואפי' אם פי' שלא למכור ולא ליתן היינו דוקא כשפירש כן בלשון ע"מ דהוי תנאי וכל מטעם תנאי לא הוי שיורא אבל אם לא אמר ע"מ, לא הוי מתנה דאל"כ מאי ראיה מייתי הרא"ש מאתרוג הא באתרוג שאני דאמר ע"מ וכל תנאי מילתא אחריתא הוא. — שוב אח"כ מצאתי דין זה כמעט מפורש בש"ת רשב"א ס"ב הנקרא תולדות אדם סי' רס"א שכ' שם וז"ל ולא שיהי' צריך להחזירו לו מיד שיצא בו וכאילו לא נתנו לו בפי' אלא לצאת בו בלבד אלא שיצא בו ואם ירצה גם היא נותנו לאחר ואחר לאחר ובלבד שיחזור לבעלים הראשונים וכמעשה של ר"ג כו' עכ"ל ונראה בפי' שאם לא הי' נותנו לו אלא לצאת בלבד ושלא יוכל ליתנו לאחר על מנת להחזיר לא היה יוצא בו וכמו שכתבתי. — ואפי' אי יהיבא דבאמר מתנות צ"ל על מנת ומהני ע"מ נראה דבאתרוג ודאי לא מהני לדעת הרא"ש אם לא בע"מ דהא הרא"ש סובר דלא מהני מתנה לזמן באתרוג אלא מתנה גמורה ובע"מ וא"כ מה לי שיור לזמן ומה לי שאר בגוף המתנה וכמו דלא מהני אם נתן מתנה לזמן כן נמי לא מהני אם נתן לו אתרוג ולא נתנו לו לגמרי לעשות בו כל חפצו דהא כששייר בו א"כ ה"ל אתרוג השותפין שיש לו לנותן חלק בו ואיך יצא. ולשיטת הרשב"ם שפיר יצא וכמו שמחלק הרשב"ם שם אבל הרא"ש הא מפרש לה בע"מ והוי מתנה עולמית וא"כ כן נמי לענין שיור בגופה נמי לא מהני אלא בע"מ — וכיון שכן אם הותנה עמו שלא יתננו לאחר אפי' בע"מ להחזיר אין לך הערמה גדולה מזו ולמה הוי מתנה כיון שגם לשעתה אין לו שום זכות בו ואפי' בדבר שאינו נגד התנאי שהרי יכול לקיים תנאו כשיחזירו האחר וכשנאמר דמ"מ אין לו זכות זה הוי שיור בגופו של מתנה בלא שום תנאי ולא יצא כנ"ל — ומ"ש הגאון הו"ד בטעמו דבעינן דין ממון והשיגו עליו הא קיי"ל כמ"ד היתר אכילה קני וא"כ לא בעינן דין ממון וכ"ל שגם בזה לדקו דבריו ולא בא הגאון ז"ל לומר דבמה שחלקו שם בסוגי' דהלכה כמ"ד דין ממון דודאי שם קני בים בו היתר אכילה דבכל פלוגתייהו במע"ש דכיון דיש לו בו היתר לאכלו כולו ודאי דהוי לכם ויצא אף דאין לו בו דין ממון אחר דהאכילה היא העיקרית לענין לכם ולא איירי הגאון ז"ל אלא ממתנה ע"מ להחזיר דהרי אסור לאכלו וא"כ כאן כ"ע מודי דכל שאין לו בו דין ממון לאותה שעה שהוא שלו דהיינו שאפי' מה שלא מחמת תנאי שהתנאי אינו מעכבו מליתנו לאחר במתנה ע"מ להחזיר מיד שיוכל לקיים תנאו וכיון שהעיכוב הוא מחמת שיורו של הנותן וכיון שאין בו לא היתר אכילה ולא דין ממון כלל ואינו שלו כלל אפי' לשעתו לא הוי לכם לכ"ע ולא יצא כאשר הוכחתי לעיל מהרשב"ם והרא"ש והתוס' כן נ"ל ברור — והיכא דלא רצה המקבל להחזירו עד שכפו אותו ע"י ב"ד אי הוי חזרה וקיום תנאי או לא הביא הגאון מהר"א בשם תשו' הרי"י מיגאש וז"ל הא דאמרי' ע"מ שתחזירנו לי קא מבעיי' לן היכי דאמר כהן לא מהדרנא כו' שלכך כי אמר לא מהדרנא כפינן ליה ומהדר ואם תמצא כי אמר כהן אנא לא מהדרנא דלא בעינא לקיום תנאה דיליה לשוי כדין כל מאן דיהיב מתנה לחברים על תנאי דהיכא דלא נתקיים התנאי בטילה המעשה מעיקרא היינו בתנאי דאיתא בידיה דמקבל דאי בעי מקיים ואי בעי לא מקיים אבל הכא לא ע"כ לשון הרי"י מיגאש

מיגאש וכ' המח"א דהא דאמרו בגמ' לא החזירו לא יצא היינו דוקא היכא דאכלו וכ"כ הרשב"ם עכ"ל המח"א בהל' מאכלות אסורות פ"ח ד"ה שאמרה ע"מ שתבוא כן לדינא כמ"ש הר"י מיגאש — ובהל' זכי' ומתנה פי"ג ד"ה איברא הביא איפכא בשם מהר"י מיגאש דהיכא שכופין אותו לא קיים תנאו, ואותו תשובה אין בידי לעיין בה — אבל הנלענ"ד דמהא דכי הרשב"ם אין ראיה לדידן דהרשב"ם לשיטתו אזיל שהוא סובר דכל מתנה ע"מ להחזיר לא"צ הקנאה בחזרה דלא הוי אלא מתנה לשעה וכשיטת רבינו אביגדור שבתשו' הרא"ש וא"כ שפיר הוי חזרה אף ע"י כפייה דמה לי מדעתו או לא סוף סוף הוחזר ונתקיים התנאי — אבל לפי מה דקיי"ל כהרא"ש והריטב"א דהוי מתנה עולמית וצריך הקנאה כשמחזיר וא"כ כל שהוא אינו רוצה למסור עד דכייפינן ליה א"כ ע"י כפייה הא אינו מקנהו בקנין להנותן דאיך נכוף אותו להקנות כיון שאינו רוצה וכל שלא מקנה אינו מקיים תנאי דהא כיון שהיתה של מקבל עולמית א"כ אם אינו רוצה להקנות להנותן אינה תו של הנותן וא"כ לא נתקיים התנאי ולא היתה של מקבל מעולם כנ"ל ול"ע על הגאון מח"א ז"ל שלא נתעורר בזה:

והא לך פי' הרא"ש ביכך בו ונתנו לפלוני אף לרבי יצא כו' ומה שאמר אחריך לפלוני הוי כאילו אמר הרי הוא נתון לך ע"מ שתתנהו אחריך לפלוני והוי כמתנה ע"מ להחזיר עכ"ל הצריך — והנה חולק הרא"ש על פי' הרשב"ם בשלשה הרשב"ם פי' אחריך כל ימי חייו משום שהולך לשיטתו דלא עדיף אחריך אלא משום דכל ימי חייו נתן לו וכן פי' לעיל ד"ה אחריך שאני והרא"ש סובר דהא דעדיף אחריך משום דאמר נכסיי לך וכמ"ש הטור ע"ש וא"כ אפי' לא נתן כל ימי חייו ומש"ה פי' כאן ביכך בו ונתנו לפלוני כתנאו שהותנה הנותן אמר שילא בו יתן לפלוני — ועוד פי' הרשב"ם דקני לאתרוג שילא בו אי הוי שלו לשעה ואפי' אינו יכול לאכלו ולמכרו כאשר הבאתיו לעיל והרא"ש לשיטתו דלא מהני באתרוג ולא הוי לכם אלא אי שלו הוי לגמרי שיכול לאכלו ולמכרו ומש"ה בעי דוקא בתנאי ע"מ להחזיר דבתנאי הוי שלו אף שאינו יכול לאכלו משום תנאו דתנאי מילתא אחריתי וכן פי' בסוכה שצריך להחזיר ולהקנותו לנותן ועוד חולק על פי' הרשב"ם במאי דפי' דאכלו או מכרו באנו למחלוקת רבי ורשב"ג לענין דינא ממון מיירי ולהרא"ש קאי על הא דאם יצא או לא לרבי לא יצא דהא הותנה בתנאי שאם לא יתנהו לאחריך יבוטל המתנה ולרשב"ג ליכא תנאי ויצא — והארכתי בפי' הרא"ש משום שראיתי בקה"ח סי' רמ"א שהקשה על הרא"ש לשיטתו שצריך הקנאה בחזרה וא"כ איך יקנה הראשון לאחריך לאחר מיתה אין קנין ע"ש ונעלם מהגאון ז"ל פי' זה שכתבתי דהרא"ש מש"ה כ' ביכך בו ונתנו מיד דכן הותנה הנותן לשיטתו לא לאחר מיתה ולע"ג:

והנה ראיתי להגאון מו"ה יצחק בכור דוד ז"ל בספרו דברי אמת דף מ"ה מה שהקשה שם על הרא"ש הביאו הריטב"א גיטין בהמגרש שאם נתן גוף ופירות על יום אחד כיון שפסקה פסקה והקשה דא"כ איך יכול אחריך לפלוני דאמרי' דגוף ופי' לראשון וא"כ הא פסקה ולא מהני לאחריני כלום וע"ש שהביא הרד"ק מה שתי' על הא דסוף פ' מי שהי' נשוי דאחריך בתנאי קאמר וכי בדברי אמת שגם כאן בתנאי אמר ומש"ה מהני והביא שכן כתב הרא"ש — והנה הרא"ש לא כתב כן אלא לרבי דמש"ה לא מהני באמת מכירה אבל לרשב"ג אי בתנאי א"כ אמאי מהני מכירה אלא דס"ל דהתנאי על דיעבד דהיינו שאם ישייר לו יתנהו לאחרים וע"מ זה נתן לו הקרקע וזהו נ"ל דוחק דא"כ ע"כ צ"ל שהנותן קפיד על דיעבד ועל מכירה לכתחילה לא קפיד ואמאי הוי כשע שמשיא לו עצה ועו"ק לפ"ז מנ"ל לגמ' דרבי סובר שאין לראשון אלא קנין פי' וק"פ לאו כקה"ג דילמא סובר נמי רבי דה"נ גוף ופי' אלא הוא סובר דבתנאי קפיד על כל המכירה ועיין קה"ח סי' רמ"ח ול"ע — ועל הקו' נ"ל לתרץ דברי הרא"ה דלק"מ דמה שאנו אומרים בנכסיי לך דלרשב"ג יש לראשון גוף ופי' ואם מכר מהני היינו משום דאמר נכסיי לך ואמרי' הכל נתן לו ומי קשי' הא אמר גם אחריך לפלוני לא קשה דאנו מתרצין דיבורו שאמר כן על שאם ישייר ולא ימכור אז יהי' לאחריך אבל אם נאמר אפי' אם נשאר ולא מכר אין לאחרים כלום א"כ מה שאמר אחריך לפלוני יהי' אמירה לריק ויותר נאמר כדי לפרש כן דבריו דמה שאמר נכסיי לך לא כיון אלא לפירות ולאחריך הגוף דכיון שהוא לא פירש מה נתן ומה לא ע"כ צריכין אנו לפרש דבריו כל מה שנוכל שלא אמר לריק ומש"ה לרשב"ג ע"כ עכ"פ מה שלא מכר יתן לשני והא דכי הרא"ה פסקה היינו היכא דפי' בפי' גוף ופירות לראשון אז ודאי פסקה אבל אם לא פי' אנחנו מפרשין דבריו באופן שגם אחריך יקבל ודו"ק כי אמת ונכון:

כלל כד.

דיני חוץ.

דין א.

אם אמר חוץ אחר המסירה ומה יעשה.

נראה לכאורה שאם אמר הגט בידה ואחר שמסרה אמר חוץ לא מהני כלום אמירתו והוי הגט לרבנן וכן לר"א מותרת לחוץ דמיד שקיבלה הגט ואמר ה"ז גיטך הוי גמרי' לגמרי ואפי' אם אמר תכ"ד מ"מ בקידושין וגיטין ל"א תכ"ד כדיבור דמי והא דהוכל חוץ היינו אם אמר קודם המסירה או בשעה שמסר לא א"כ — אמנם יש לעיין בזה דהנה הטור סי' ל"א הקשה על הר"ן דסובר מעשה ק"ל בפועל וכתב הטור ולא נהירא דהא ודאי לא מהני שום תנאי באופן זה והיינו משום דבקידושין ל"א תכ"ד כדיבור דמי ועיין בב"ש ופרישה שם ולפ"ז הי' נראה שהדין של חוץ שכתבתי תלוי בהא דלהר"ן שסובר דמהני תנאי אחר המעשה בפועל כן נמי מהני החוץ לפסול ולהטור דלא מהני שום תנאי כן נמי לא מהני חוץ, ובישוב קושי' הטור על הר"ן כלענ"ד לפמ"ש הר"ן בנדרים פ"ז דמש"ה ל"א בהנהו כדיבור דמי משום דבשאר דברים אדם עושה אדעתא דהכי שיהי' חוזר תכ"ד אם ירצה משא"כ הכא דמיירי אין אדם עושה אלא בהסכמה גמורה ואין דעתו לחזור ע"ש וא"כ הא תינח חזרה ממש אבל תנאי שפיר מהני תכ"ד אפי' באילו דלא מהני תכ"ד דהא כן הסכים מתחילה לעשותם על תנאי ושאני חזרה דודאי הסכים שלא לחזור אבל על תנאי מהני ונק"מ על הר"ן. ולפ"ז ודאי דכאן דהוי היתר בגט ולא בעינן דיני תנאים וא"כ אפי' אם אמר הגט קודם מהני החוץ לר"א ולרבנן — גם לפמ"ש הב"י שם לתרץ דברי הר"ן ז"ל דמשום דהוי דברים אחרים בלי הפסק גם כאן מהני — אלא די"ל לראות כיון שאמר אחר המסירה הרי את מותרת לכל אדם ומדינא א"ל לומר כלל אלא הא גיטך וא"כ הוי הפסק יצא החוץ לאחר כ"ד ולאחר כ"ד ודאי נראה דלא מהני לכ"ע — או אפשר כיון דכיון שגילה דעתו שלא רצה להתירה לפלו' ואמרי' אדעתא דהכי נתן לה הגט וא"כ אפי' אחכ"ד אם לא הפסיק בנתיים מהני ול"ע. ומלשון רש"י ז"ל שכתב דמיירי שאומר כן בשעת מסירה אין להביא ראיה דאחר מסירה לא מהני דלא בא רש"י ז"ל למעט אלא הא דרבא שאם אמר כן קודם כתיבה והגט נכתב לכך לא מהני ליה תקנה דמתני' היטלנה:

ולענין אם רוצה להתירה קתני כיצד יעשה יטלנה כו' והקשה הפ"י למאי דמודי רבנן בע"מ א"כ למה לא קתני עצה למלאות רצון המגרש שרוצה לאסרה על פלוני ויטלנה ויחזור ויאמר לה ע"מ ויהי' כשר וע"ש שרוצה להוכיח דין חדש והניח בל"ע ולענ"ד דאף דע"מ כשר מ"מ כה"ג שאמר חוץ אסור א"כ לגרשה בע"מ והטעם דכיון שקלקלה בגט זה לפסול מכהונה וקי"ל פסולה מכהונה בלי שום תנאי ואם ימות הבעל אסורה לכהן ואם יתן לה גט בע"מ אם תעבור על תנאה יתבטל הגט מלמפרע ויהיו הבנים שהיא נשואה לכהונה כדין כל תנאי שנתבטל ומש"ה אסור לעשות כן — ועוד נראה דאפי' אם רוצה עתה להשהות עמה ולא ליתן לה שום גט אסור נמי מהאי טעמא שיאמרו הגט בטל ואם ימות תנשא לכהן וזו אסורה באמת וכענין שאמרו אם אתה אומר חוללות מתייבמת — עוד נראה על קו' הפ"י לפמש"ל דעל תנאי א"א לגרשה בע"כ וא"כ בחוץ. ודאי שיכול לגרש אפי' בע"כ דהא לא תלה בדעתה שום תנאי ולפ"ז אפשר שאין אנו עושין רצונו שהרי בע"מ אם לא תרצה לקבל א"א לגרשה והוא רוצה לגרשה בע"כ ודו"ק:

דין ב.

על מנת שלא תנשא — ואם אמר על מנת שלא תהיה מותרת.

הנה לפי הה"א דפליגי בע"מ משמע דאפי' ע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי דהא דומי' דחוץ וכן דקדקו בתוס' ובברייתא דפליגי בע"מ נקיט דוקא לא תנשאי גרידא וכן נראה מגמ' לקמן דלא תנשאי שבברייתא הוי דוקא דאמר לקמן הרי הותרה בזנות — ונלענ"ד דהנה הריטב"א בקידושין הבאתיו לעיל שכ' דכל ע"מ שיש בו מעשה או לא תעשה הוי תנאי וכל שלא תלה בשום מעשה והתנאי בגוף הדבר לא הוי תנאי אלא שיורא, וא"כ לפ"ז במתני' דמיירי שאמר אלא לפלו' ולא הזכיר שום מעשה וא"כ אי אלא ע"מ הוי נמי כה"ג הוי דומי' דאלא דהיינו שאומר ע"מ שלא תהיה מותרת לפלו' או שתהי' אסורה אבל לא תלה במעשה שלה כלום ופליגי לפ"ז ר"א ורבנן אי הוי שיורא או תנאי דר"א סובר דהוי תנאי ומש"ה מתיר ורבנן סברי דהוי שיור ואסור והטעם דלרבנן הוי שיור משום שלא תלה בשום מעשה או לא תעשה וסברי רבנן כברייתא דחולין קל"ד דסוברת ג"כ דע"מ כזה הוי שיורא ולפ"ז מודי רבנן ע"מ שלא תנשאי מותר ואפי' בלא תנשאי ולא תבעלי גם כן אפשר דמותר — אבל בברייתא דמיירי שאמר ע"מ שלא תנשאי ותלה התנאי במעשה וא"כ ודאי דהוי תנאי ולא שיור לכ"ע ולא פליגי אלא

אי תנאי שיש בו שיורא כשר או לא ורבנן אמרי אף דהוי תנאי מ"מ אסור משום שיש בו שיור ולכך נקיט לא תנשאי דרבנן אפי' בלא תנשאי לאסור דהא הוי נמי שיורא וכ"ש. ודאי מכשיר אפי' לא תבעלי כיון שהוא מתיר שיור שבא ע"י תנאי ואין זה ענין כלל לפלוגתי' דמתני' דבמתני' פליגי אי הוי תנאי או שיורא ולא משכחת אלא באומר ע"מ שתש' אסורה ואיסור בכל גונא איסור הוי וכולה אסורה ודו"ק: וזהו כוונה בטעמו של הרמ"ה שהובא בטור הבאתיו לעיל דבע"מ שלא תהי' מותרת לפלו' אסורה דלא מותר בע"מ אלא אם תלה במעשה אבל כל שלא תלה במעשה הא קיי"ל ב"ב שם דהוי שיורא כמו ע"מ שהמתכות שלי ומש"ה פסול:
והנה הראשונים דקדקו מהא שמסיק אלא ש"מ חוץ הוא ולא אמר אבל בע"מ מודי רבנן והוכיחו דאף דמסיק דפליגי בחוץ מ"מ מסופק הגמ' דאפשר גם בע"מ פליגי וא"כ לדינא לא נוכל לפסוק דודאי כשר בע"מ, ולדברי הרמ"ה ולפמש"ל א"ש דודאי אפי' א"כ הוא דהגמ' עדיין מסופק דאפשר אפי' בע"מ פליגי רבנן מ"מ היינו בגוונא דמתני' דומי' דאלא דהיינו שלא תלה במעשה וא"כ ודאי אפשר דאפי' בע"מ כזה פסלו רבנן אבל בע"מ שלא תנשאי דליכא תנאי גמור ולא שיורא ודאי דמודי רבנן שפיר ואפשר דמזה הוכיח הרמ"ה דין שלו — ובפ"י הקשה על סוגי' זו כמה קושי' ולפי מה שכתבתי הכל מיושב ולא נשאר אפי' אחת — דו"ק והשכל:

דין ג.

תנאי שאגודה ביה כל ימיה.

כ' הר"מ ז"ל פ"ח הל' י"ב ה"ז גיטך ע"מ שלא תנשאי לפלוני אינו גט כו' עיין בהס"מ שכתב הסברא שלא הותרה אא"כ במה שאסרה והרשב"א הקשה על הר"מ מתוספתא ע"מ שלא תעלי באילן זה או בכותל זה נקלץ האילן או נפל הכותל ה"ז גט וכי הס"מ שדברי התוספתא ודאי קשין לדברי רבינו ז"ל — וכן הקשה הרשב"א ז"ל על שי' בה"ג שכ' דאחר מיתת המגרש בטיל התנאי ממילא והגט אינו בטיל והקשה ז"ל דא"כ מה בין כל ימי חיי לכל ימי חייכי כיון דאפי' בכל ימי חייכי כשמת המגרש בטיל התנאי א"כ הוי כל ימי חיי ע"ש — ולענ"ד נראה לתרץ קו' הרשב"א ז"ל בסברא אמיתית ואומר אני דכל הא שאם אגודה ביה כל ימיה לא הוי כריתות היינו אם היא אגודה ביה מחמת תנאו אבל אם מחמת תנאו שהותנה עליה לא היתה ראוי שתהי' אגודה ביה כל ימיה אלא שדבר אחר גרם לה הגט כשר דהא לא תנאו קא גרם לה וזהו ברור כשמש — ומעתה זה החילוק יש בין כל ימי חיי לכל ימי חייך שאם אמר כל ימי חייך הרי הוא אגיד אותה כל ימיה גביה מחמת תנאו ואין זה כריתות אבל אם הוא אמר כל ימי חיי א"כ לא אגיד אותה כל ימיה ואף שאפשר שתמות היא קודם והיתה אגודה כל ימיה זה אינו כלום דמחמת תנאו היתה ראוי שלא תהיה אגודה כל ימיה אלא שדבר אחר היינו מיתתה גרם לה כן ואנו שואלין אם לא היתה מתה היא קודם איך היתה והיתה מותרת וא"כ לאו תנאו קא גרם לה, וכן כל כיוצא בזה ז"ל בתר תנאו. שוב מלאתי במל"מ פ"ח בהל' שם בסופו שכ' ולא דמי לקובע זמן כו' דהתם מה שאינה יכולה לעבור על תנאה הוא משום שמתה ע"ש שזהו כוונתו כמ"ש — וגם בקבלת הר"מ ז"ל אני אומר כן ולא כמ"ש הס"מ ז"ל אלא דהא דהוי כמו שאל תשתי יין כל ימי חייך או אל תלכי לבית אביך לעולם היינו משום שהוא אמר לה שלא תנשא לפלו' לעולם וא"כ תנאו גרם לה שאגודה הסי' כל ימיה ואף שכשמת פלוני תו לא אגודה גביה זהו דבר אחר גרם לה שלא תהי' אגודה אבל תנאו הי' שתהי' אגודה לעולם דהא כן תלה התנאי בה ואמר כל ימי חייך — ולפ"ז ל"ק כמה קו' התוס' משלא תלכי לבית אביך ולהר"מ ז"ל ניחא דכיון שאמר לה שלא תלך היא לעולם לבית אביה הרי מחמת תנאו אגודה גביה ואף שכשמכר אביה בית מותרת היינו משום ד"א גרם לה שמכר אבל לא מחמת תנאו וכן כל כיוצא בזה אנו שואלין אילו לא אירע כן שנעשה הדבר הזה איך היתה האשה מותרת או אסורה וכל שמחמת תנאו ה"ז אסור. — ומה שהקשה הרשב"א ז"ל מתוספתא לענ"ד לק"מ דהא לא קתני שלא תעלי באילן זה לעולם דאי אמר כן אין זה גט כלל ומיד בטיל אבל התוספתא מיירי שקבע זמן ולא בא התוספתא אלא לאשמועינן דאע"ג שלריכה האשה לקיים תנאה מ"מ אם נקלץ האילן או נפל הכותל מותרת לילך ע"ג אילן או כותל ואינה עוברת על תנאה בזה דלא מיקרי תו עליית ולשון התוספתא מורה כן דקתני נקלץ האילן ה"ז גט ולפי מה שפירשו ז"ל הי' למיתני ה"ז גט קודם שנקלץ ומיד משום שראוי לקלוץ א"ו דאחר שנקלץ אמרה דה"ז גט ור"ל ואפי' עברה על תנאה דקודם שנקלץ אינו גט אם עלתה על הכותל אבל מעיקר התנאי של אגודה ביה לא מיירי כלל אלא מיירי שאמר לזמן ופלא שכולם כללו ולא עלאו כן ואולי מקום הניחו לי מה"ש:

אחר כותבי מלאתי בתוס' עירובין דף ס"ו ע"ב שכ' על קו' התוס' שם ושמא דאפ"ה אין זה כריתות כיון דבשעת גירושין אינו יודע שימות אביה קודם עכ"ל. — ובשעה"מ הביא דברי התוס' בתימא דא"כ נימא כן גם בכל ימי חיי פלוני דאינו יודע שימות קודם ואפ"ה אמרי' שם דילמא מאית ומקיים תנאה — ואני מלאתי בדברי רבותינו בעלי התוס' ז"ל סברתי דלזה כוונו הם ז"ל במה שכ' אינו יודע בשעת גירושין שימות אביה קודם ור"ל דמחמת תנאי שהותנה הוא שלא אין זה כריתות ומה שמת אביה קודם לא הוי בתנאו וא"כ לק"מ מחיי פלוני דשם אמרי' שפיר דילמא מאית משום שהי' כן בתנאי שאינה אגודה אם ימות קודם ודי יאריכו בפלאות מתוכתו:

עוד נשאר לנו לתרץ קו' הרשב"א מסוגי' דידן דע"מ הוי דומי' דחוץ ובחוץ לעולם משמע — ונראה דהנה הריטב"א כ' דר"א מודה בתנאי דאגודה ביה כל ימיה והא דמתיר ר"א בחוץ היינו משום דלא אגודה ביה כל ימיה דכשימות פלוני תו לא אגודה גביה ע"ש שכ' וזה דלא כדברי הר"מ ז"ל — והנה זה אמת דר"א לא פליג על זה דהא אגודה כל ימיה מדרשא אסרה נפיק ולא מצינו שחולק ע"ז. וא"כ באמת קשה על הר"מ דר"א שמאי מתיר בחוץ אף דהשיור לא איכפת ליה לר"א מ"מ הא להר"מ אגודה כל ימיה בתנאי זה ומטעם אגודה הי' לו לפסול לר"א — אמנם נראה דהר"מ סובר חוץ לא אגודה כל ימיה דהא בכנסה פקע איסור של ראשון ומותרת לשני וא"כ לא מיקרי זה אגודה גביה כל ימיה. ולפ"ז דחוץ לא מיקרי לעולם תו ל"ק נמי קו' הרשב"א דהכי ע"מ לריך להיות דומי' דחוץ ומש"ה להר"מ בע"מ נמי דוקא לזמן כשר אבל לעולם פסול שלריך להיות דומיה דחוץ דאל"ה גם ר"א אוסר ואדרבה סייעתא איכא מכאן להר"מ דאי ע"מ לעולם א"כ לאו דומי' דחוץ הוי דבחוץ פקע כשנשאת:

ובשעה"מ הבין דברי הריטב"א בלי"ע דאיך מודה ר"א בתנאי דאגודה ובחוץ מתיר שמא ימות פלוני הא ר"א יליף מקרא אפי' אסרה על כל העולם חוץ מלאחד וא"כ הלא לא ימותו כל העולם וא"כ הא אגודה כל ימיה — ולענ"ד לק"מ דהנה לר"א יש שני מיני שיור תנאי דכל ימי' נפקא לן מכריתי' ועי"ז לא פליג ויש עוד שיור ע"י חוץ אף אם אמר לזמן וזה מתיר ר"א וזה יליף מקרא דאפי' אסרה על כל העולם אבל לא בגוונא שתהי' אגודה כל ימיה אלא לזמן קלוב וזהו דבר פשוט דהא מתנאי שכל ימיה אגודה לא דיבר הכתוב אלא משיור ומיירי שהותרה על כל העולם לזמן ובאים אחר שהתיר ר"א אף לעולם משום שמא ימות אבל כל העולם לזמן מיירי קרא שהרי לא בא הכתוב לתנאי דאגודה שזה נלמד מכריתות וזה ברור — ובשעה"מ דיבר מזה ולא מסיק כמ"ש והנלענ"ד כתבתי. — ולפמ"ש יש ליישב קושי' אחת שהבי"א בל"מ בשם מהרי"ט על הא דאמר על קושי' הרית של ר"ע דאי בע"מ א"כ הרי גרושה אללו בזנות וקשה הא ע"כ לא מיירי בע"מ דאי בע"מ כיון שתנשא הגט בטיל מלמפרע והיא אלמנה אללו ומותרת אפילו לכתחילה לכהן שאין כאן שום לד גרושה וע"ש שהולם לסוכים כבס"ג מכח קושי' זו. — ולפמ"ש לק"מ מהכי טעמא הדא דהא ביארנו דע"כ מיירי שקבע לה זמן לתנאו דאל"ה הא אגודה ביה כל ימיה ואסורה ועוד דאפי' לא מוכח כן מ"מ הא ר"א ודאי בכל גוונא מתיר וא"כ גם בזמן קלוב היתר ודאי וא"כ מי לא מיירי כמי שאמר עד כ' שנה ואח"כ מתי המגרש דכשלא גרושה אלל כל העולם דא"א תו לבטל התנאי ואסורה לפלוני משום לד גרושה ודו"ק:

דין ד.

באיזה תנאי מותרת להנשא מיד

הנה הראשונים ז"ל חלקו בתנאים שאם הוא בשב ואל תעשה מותרת להנשא מיד ובקום ועשה אסורה ומילוק זה הוא מדרבנן שמא תעבור על תנאה ולא תקיימו ועיין ב"י ובי"ם סי' קמ"ג בשם הרי"ף דבתנאי דע"מ מותרת להנשא מיד, וקשה הא בברייתא קתני ולאסור לא תנשא עד שתתן וכי למסוגי' דידן מוכח דלא כברייתא כדמוכח בשמגרש דפריך א"ה בכולהו תנאי נמי לא תנסוב דמוכח דמותרת להנשא — והנה דבר זה הוא קשה למעיין דבהאי פליגי סוגי' עם הברייתא:
ונלענ"ד דהר"מ שפסק כן דין דאורייתא פסק והברייתא שאמרה לאסור לא תנשא מש"ה קאמרה אלא דאכן לא קי"ל כן כדמוכח סוגי' דשמגרש ויצואלו כל פסקי הר"מ שכי בדין זה — דהנה כבר הבאתי לעיל בכלל כ"ג דין ה' הירושלמי שכתב בע"מ שתבעלי לפלוני אינו אפה שחייבים עלים מתחילה משום ערוה ולבסוף אין חייבים והקשה עליו הרשב"א הא ע"מ כאומר מעכשיו ומה שתירלתי אני דהירושלמי סובר דאף דע"מ כאומר מעכשיו מ"מ היינו דאחר שיתקיים התנאי מגו' מלמפרע אבל אין הגט חל מעכשיו עד אחר שיתקיים התנאי בתנאי דקום ועשה דלאו בידה מיקרי דשמא תאנס, ולכן שאין אנו סוברים כירושלמי אנו סוברים דמעכשיו או בע"מ הגט חל מיד והיא מגורשת מיד אלא שאם לא תתקיים תנאה יתבטל הגט מלמפרע ומש"ה לדידן מותרת להבעל מיד כשאמר ע"מ שתבעלי לפלוני דהא היא מגורשת מיד בע"מ ודלא כירושלמי ועיין לעיל מה שהקשיתי על ענין הב"י ע"ש — והנה לדעתי בהא פליגי הברייתא דקתני ולאסור לא תנשא עד שתתן מלאורייי' סוברת כן דהיא סוברת כירושלמי דכל ע"מ אינה מגורשת עד אחר קיום התנאי

התנאי וא"כ קודם לכן הרי הוא אשת איש אלא לאחר שמתקיים התנאי הותרה מלמפרע, אבל סוגי' דידן סוברת דמה"ת מותרת מיד אלא מדרבנן שמא לא תקיים תנאה, ואבאר דברי הר"מ ומהיכן הוציאה סוגי' דידן לחלוק על הברייתא. — דהנה הר"מ כתב בפ"ח הל' כ"ג אמר לה ה"ז גיטך כו' ולא קבע לה זמן כו' לא תנשא לזר עד שתחלוץ עכ"ל. וכ' הה"מ בטעמו דאף שלאחר שמתקיים התנאי תו בשום אופן מ"מ אין מחזיקין הגט בביטול עד שיתבטל בפועל והביא הך דמעכשיו אם לא באתי עד י"ב חודש ומת בתוך י"ב חודש לא תנשא במקום ייבום עד אחר זמן וכי הה"מ בסברא משום שלא נתקיים התנאי בפועל — ובשעה"מ הביא קושי' בזה מכתב מאליה דהר"מ פסק בפ"ט ג"כ שלא תנשא עד אחר הזמן, וקשה הא הר"מ הוא סובר דבכל תנאי דע"מ או מעכשיו מותרת להנשא מיד וא"כ מכש"כ כאן דודאי לא יוכל לבוא לידי ביטול התנאי לעולם וע"ש:

והנה הר"מ כ' עוד בפ"ט הל' ז' הרוצה לגרש על תנאי ויהי' ענין התנאי שלא תתגרש עד זמן פלוני ה"ז מוציא ענין זה בלשון תנאי כך כיצד אם לא באתי כו' ולכאו' מה רצה הר"מ ז"ל בזה אי להשמיענו דין של אם לא באתי הלא הוא מוזכר לקמן גם מה רצה בזה ליתן עצה לרוצה לגרש על תנאי וזמן:

ואמנם נראה שדבר גדול דיבר הר"מ ז"ל, דהנה במעכשיו וע"מ דעת הר"מ דמותרת להנשא מיד והטעם כמ"ש לעיל דהיא מגורשת מיד והתנאי לא בא אלא שאם לא יתקיים יבוטל הגט מלמפרע וזהו הטעם של הר"מ במ"ש בפ"ח שאם לא קבע לה זמן לנתינת המעות אז הוי כאומר לה שבאם יעברו כל ימיו ולא תתן לו המעות אז יהי' גט זה בטל מלמפרע וא"כ כשמת בעלה וא"כ היא לא תוכל תו לקיים תנאה דהא לי ולא ליורשים קאמר וא"כ ודאי שיבוא הגט לידי ביטול כיון שלא תוכל תו לקיימו אבל עדיין לא נתבטל דהא כל ימיו צריכים שיעברו ואח"כ יתבטל כמו בתנאי שקבע זמן ואמר עד ל' יום תתן אז אמר שאם יעברו ל' יום בלי נתינה ונתבטל הגט כן נמי בכל ימיו וכיון שעכ"פ עדיין לא נתבטל אסורה זו להתייבם דאיך תתייבם הא הגט של מיד והיא גרושה ועדיין לא נתבטל הגט, אלא דגם להנשא בלא חליצה אי אפשר לה דהא ודאי יבוא לידי ביטול מלמפרע, ואמנם הא תינח אי אמרי' כן דבע"מ של הגט מיד והיא תתקיים תנאה אבל לקיום הגט אין מצטרך לקיום התנאי אלא שאם לא יתקיים יבוטל, אבל למה דסובר הירושלמי וכן סוברת הברייתא דלא תנשא מה"ת עד שיתקיים התנאי וא"כ הגט לא נתקיים עד אחר קיום התנאי ולא הוי מגורשת כלל עד שיתקיים ולאו מגו' מלמפרע א"כ הדין נותן בכה"ג שמת הבעל והוא אמר לי ולא ליורשים דודאי תו לא יתקיים לעולם וא"כ הרי זו אשת איש גמורה ולמה לא תתייבם — ולפ"ז הנה הת"ק אמר לא כנסה זקוקה לייבום ומדלא אמר מתייבמת או אינה מגורשת מוכח דהת"ק סובר דלא הוי אשה זו רק זקוקה לייבם אבל לא ראוים להתייבם אלא שאסורה להנשא משום שהיא זקוקה וא"כ ה"ז אסורה להנשא בלא חליצה ואינה מתייבמת ולפ"ז מוכח דהת"ק סובר דלא כברייתא דלאחר לא תנשא מה"ת אלא דמותרת מה"ת דהגט של מיד ודלא כירושלמי וכן פסק הר"מ וכן הסוגי' דידן דבמגרש סוברים דכל מעכשיו מיד מגו' וע"כ סובר הר"מ דמותרת להנשא מיד, אלא דסובר יותר דאפי' מדרבנן לא חיישי' שתעבור על תנאה דמוקמינן אחזקה דהגט יחול גט כמו שהוא עכשיו והיא תחשב מגורשת וכן מוכח לשון הר"מ שכ' ולא חיישי' שלא יתקיים הואיל והי' במעכשיו וזהו כוונתו דהואיל והוא במעכשיו והגט גט מיד תו לא צריכין לחוש לו שיתבטל הגט:

ובזה נראה ליישב סוגי' הש"ס שהביא ועוד תני' וקשה ל"ל להביא ועוד תני' הא שני להקשות אדר"י מברייתא, אך נראה דהנה ר"ה ור"י פליגי מהיפך דלר"ה הוי גט מעכשיו ומותרת להנשא מיד ור"י סובר דלא הוי גט כלל עד אחר שתתן ולפ"ז הא ודאי דמוכח מברייתא דלא כר"י דהא קתני בסיפא אעפ"י שנקרע או כאבד מגורשת ומוכח דכשנתקיים התנאי מגורשת מלמפרע אבל עדיין לא מוכח ממש כר"ה דה"ז גט מיד ומותרת להנשא מיד כשיטת הר"מ דכן סובר ר"ה ואדרבה מקתני בברייתא ולאחר לא תנשא עד שתתן מוכח דלא הוי גט מיד אלא אחר שיתקיים מלמפרע וזהו דלא כר"ה לגמרי ולכך הביא ועוד תני' דגם ממה קשה לר"י אבל ממה מת"ק מוכח לגמרי כר"ה דמיד הוי גט אלא כשלא יתקיים יתבטל הגט מלמפרע דהא קתני זקוקה לייבום וכדלעיל וכן סוברת סוגי' דהמגרש דמותרת להנשא מיד ולא חיישי' שלא יתקיים התנאי וכר"מ וכ"ז נכון מאוד:

ואחר כ"ז נבוא לבאר וליישב דברי הר"מ שהוחלקו במ"ש בפ"ט דהנה לפמ"ש בע"מ הגט מיד ובא הר"מ לומר דיש ע"מ והיינו תנאי שאינו כע"מ ממש שיהי' של הגט מיד ומ"מ לא הוי כלאחר אלא שהוא של אח"כ מלמפרע והוא כשיתנה עליה בתנאי ובזמן דהיינו באופן שאנו רואין שזהו כוונתו שרוצה לתלות בתנאי ורוצה ג"כ שיהי' תנאו תלוי דווקא בזמן ואמר כגון שאמר אם לא באתי מכאן עד שלשים יום או תלה בהליכתו ה"ז תנאי שהוא תלאו ג"כ בזמן ותנאי זה יהנו בהם ויהנו ג"כ בע"מ ואם אמר התנאי בהם ה"ז כאמר תנאי שבהם שאין הגט של כלל עד שיעבור הזמן דהיינו עד שיעברו השלשים יום ולא בא. ואם אמר התנאי בע"מ שאמר ע"מ שלא באתי מכאן עד ל' יום הרי זה תנאי בע"מ אבל מ"מ אין זה כתנאי שמתנה ע"מ שתתן לי מאתים זוז עד ל' יום דבתנאי זה הא הוא רוצה שתתן לו מיד ויהי' גט ואין זה תלוי בזמן דאדרבה הוא רוצה שתתן מיד ולא אחר הזמן אלא שאם לא תתן לו עד הזמן יתבטל הגט מלמפרע אבל קיומו של גט מיד הוא כמ"ש לעיל אבל באומר ע"מ שלא באתי עד ל' יום הרי אנו רואין שהוא רוצה שתמתין עליו עד ל' יום וא"כ ה"ז תולה תנאו בזמן דווקא וזהו התנאי אף דהוי ג"כ במעכשיו דהא אמר ע"מ מ"מ לא חל מיד אלא עד אחר ל' ואז חל מלמפרע דהרי זה כאומר שאם יעברו ל' יום ולא באתי אז יהי' גט זה מעכשיו גט והרי זה התנאי אינו כתנאי דאם ואינו כשאר תנאי דע"מ דבשאר תנאי דע"מ הרי זו מגורשת מיד ובזה אינה מגורשת עד אחר הזמן ואינו כשאר אם דבאם אינה מגו' כלל מלמפרע ובזה מגורשת אחר הזמן מלמפרע. — ומעתה שפיר פסק הר"מ במעכשיו אם לא באתי עד י"ב חודש ומת שלא תנשא במקום ייבום עד אחר י"ב חודש ולק"מ קו' השעה"מ משאר ע"מ דהר"מ התיר להנשא מיד דשאני שאר על מנת דהיא מגורשת מיד והתנאי לא בא אלא לבטל הגט מלמפרע וא"כ עתה גרושה היא משא"כ במעכשיו עד י"ב חודש שאנו רואין שהוא רוצה לתלות התנאי בזמן והוא רוצה שיהי' הזמן והתנאי לקיומו של גט ומש"ה אינה מגורשת מיד אף שאמר מעכשיו אלא לאחר י"ב חודש מגו' מלמפרע דאז נתקיים הגט וה"ז גט כסברת הירושלמי בכל ע"מ וא"כ וודאי דבמקום ייבום לא תנשא קודם והדברים ברורים בעזה"י.

ויש לכאות לפמ"ש בהא שמפלפל במל"מ פ"ו מהל' אישות במקדש דע"מ אם יכול לגרשה קודם קיום התנאי וכי שם דלפי מה דאמר ר"ל בהמולך וכן קיי"ל דלא אמרינן אגלאי מילתא למפרע בהולך למעוברת וא"כ גם במקדש בע"מ לא מהני הגט קודם שנתקיים התנאי ע"ש. ועיין בשעה"מ מה שהקשה על המל"מ ממה דפריך רבא כאן בע"מ שהתנאי לפלוני ולאחר תנשא הא בעי לקיומי תנאה ובית אפשר דמקבלה היום ומגרשה למחר כו' וקשה הא רבא סובר כר"ל וא"כ לא מהני הגט כלום ע"ש ולפמ"ש א"כ בע"מ שאתן או שתתן באופן שלא תלה בזמן אלא הוא רוצה שיהי' מיד א"כ הקדושין חלין מיד ולא בא התנאי אלא שאם לא יתן יתבטלו מלמפרע אבל לענין חלות הקדושין חלו מיד וא"כ אין זה דומה להא דר"ל ואף דל"א אגלאי מילתא הם מ"מ כאן משני דהא חלו מיד ול"ע בכ"ז מאוד:

כלל כה.

נתינה בע"כ

דין א.

נתינה בע"כ בתנאי.

אמר רבא כו' לא שמה נתינה. כי בספר טיב גיטין להגאון מוה' לבי חריף ז"ל דבכל הפלפל בגמ' אי הוי נתינה או לא היא בכוונת המתנה אי היתה כוונתו רק על הרצון ולא על בע"כ או לא דאי שמה נתינה אמרינן דכוונת המתנה לאו דוקא על נתינה של רצון היתה ואי לא שמה נתינה אמרי' דהיתה כוונת רק על הרצון ע"ש. — הן אמת דלכאו' כן נראה גם מפי' של הרשב"א ז"ל לקמן דף ע"ו ד"ה ת"כ שם בסופו שכ' וז"ל לא הוי נתינה וכל המתנה ע"מ שתתן לי כך לדעתו קאמר עכ"ל ומזה נראה לכאו' כמ"ש הטיב גיטין דמש"ה לא הוי נתינה משום דכוונת המתנה כך היתה לדעתי שאם ירצה:

אמנם לענ"ד א"א להלום פי' זה בשמועתינו בשום אופן דהא ודאי דאזלינן בתר כוונתו מצד הסברא ול"צ קרא ללמוד דין זה מסלע. ועוד דא"כ אין הדבר דומה כלל דכאן הבעל הוא המתנה וצריכין אנו לילך בתר כוונתו והם בבתי ערי חומה ליכא שום תנאי אלא שהתורה אמרה כן וא"כ אין ללמוד מהם ועוד דאם כוונת הרשב"א הוא כן א"כ הוא סותר א"ע דכאן כתב שתלה בדעת שאחר גם מה שהקשה הרשב"א מגט אשה לק"מ כמובן. — אבל ע"כ כלענ"ד דאין זה הטעם שאין אנו הולכים בזה אחר כוונת המתנה כלל לא לגרוע ולא להטיב והיא מצד הסברא דהא אז כשהותנה לא עלה על דעתו שלא ירצה לקבל דמה שאינו רוצה עתה היא משום שהוא חוזר בו מהגט ורוצה למנוע ממנה קיום התנאי כדי שיבוטל הגט וכמו שכ' הרשב"א שם וז"ל ולפ"ז שאינו רוצה בקיום התנאי והיינו ביטולו עכ"ל וא"כ כיון שבשעה שנתן הגט לא עלה בדעתו לחזור ממנו דא"כ למה נתנו ואם נאמר שהיתה כוונתו דוקא אם ירצה לקבל יהי' גט ואם לא ירצה לקבל לא יהי' גט ה"ז כמו שהותנה אם אחזור בו לא יהי' גט דהא חוזר מלקבל המעות הוי כחוזר מהגט עצמו ותנאי כזה לא מהני אלא במעכשיו ולאחר ל' יום למ"ד תנאה הוי והיינו דהא הזינן שחזר בו ואמר לאחר ל' יום ומש"ה אמרינן שכיון לתנאי משא"כ כאן שתלה הגט בנתינת מעות מהיכי תיתי

כאמר שעלה בדעתו לחזור מהגט ועוד דכמו שהוא אינו יכול לחזור מהגט עתה כן נמי לא יכול לחזור ע"י שלא יקבל המעות וכאמר שכן הותנה והוא לא אמר ולא רמז כלום. — אלא ע"כ כרחה שאין אנו דנין על כוונתו כלל אלא אנו דנין על נתינה בע"כ אי שמה נתינה וא"כ נתקיים תנאו שאמר ע"מ שהיא תתן והא נתנה ואי לא הוי נתינה בע"כ נתינה א"כ לא נתנה ולא נתקיים תנאו ואמירתו שאמר תתן וזו לא שמה נתינה ולא נתקיים מה שאמר. — גם מ"ש שהרשב"א שהבאתי לעיל דכל שמתנה ע"מ שתתן כך לדעתו קאמר לא היתה כוונת הרשב"א לומר דכל המתנה כוונתו לדעתו אלא דהרשב"א אומר לכן דמש"ה לא מהני משום דנתינה בע"כ לא הוי נתינה מש"ה לא נתקיים תנאי דאנן אמרינן דכל המתנה שתתן לדעתו קאמר פי' דכל תתן הוי לדעתו דהא בע"כ לא מיקרי נתינה ולא הוי תתן. — ומש"ה כי הרשב"א לדעתו קאמר ולא כתב לדעתו כיון דלאו משום כוונתו לא הוי נתינה אלא משום אמירתו שאמר תתן ונתינה בע"כ לא מקרי תתן וכ"ז ברור:

ועתה נבאר הסוגיי' כפי מה שפי' הראשונים ז"ל שכולם לדבר אחד נתכוונו אלא שכתבוה שלא בסגנון אחד:

והנה במתנה לא הוי נתינה בע"כ נתינה כלל דהא אין אדם זוכה בע"כ. וכיון שאינו רוצה לזכות לאו שלו הוי ולא מיקרי נתינה, ובחוב מלינו שאם אדם חייב לחבירו ונתן לו חובו בע"כ הוי נתינה דהיינו שהלה נפטר מחובו ואף דודאי המלוה לא זכה במעות הללו דהא בע"כ ליכא זכיה מ"מ נפטר הלה מחובו ומזה הטעם הוי נתינה בע"כ כאן נתינה משום דלא באה נתינה זו אלא לפטור עצמו מהחוב ואף שלא זכה הלה מיקרי שפיר נתינה להפטר מחובו משא"כ במתנה שבאה הנתינה לזכות לפלוני ואם המקבל לא רצה ולא זכה וא"כ לא הוי נתינה כלל — והנה בא הספק בתנאי זה שהותנה ע"מ שתתן מאתים זוז וזה דומה לחוב ולמתנה דומה לחוב דהא כיון שנתן לה גיטה והותנה עליה שתתן הרי זו חייבת לו וה"ז הדין נותן דהוי בע"כ ג"כ נתינה שהיא נפטרת מחובה ואף שלא זכה בע"כ במעות אבל דומה ג"כ למתנה משום שאם תרצה לא תתן ולא תתגרש ואין זה כשאר חוב שהלוה חייב בע"כ לשלם מה שלוה אלא שהאשה רוצית לשלם ובמעות הללו היא קונה עצמה מבעלה וא"כ הדין נותן שצריך בעלה דוקא לזכות במעות הללו ובע"כ לא זכה בהם ולא הוי נתינה ולכך הוצרך למילף מהילך דלא הוי נתינה או לאיפכא דהוי נתינה משום דדומה לחוב ולמתנה:
והקשו בתוס' והרשב"א ז"ל מאי ס"ד לדמות לחוב הא ודאי למתנה דמי' שאין כופין את הבעל לקבל וכן ר"פ אמאי פליג על רבא בזה, ור"ל הא ודאי לא כיון הבעל אלא שהיא תתן לו המעות במתנה דהא אינה חייבת לו בהם וא"כ צריך הוא לזכות בהם וכיון דבע"כ לא זכה לא נתקיים התנאי ותרצו כאן דכיון שהוא תולה בדעתה של האשה ולא דיבר מרצונו כלום ה"ז כמחייב עצמו שאם תתן יהי' הוא מוכן לקבלם וחייב לקבלם ולכך סובר ר"פ דהוי נתינה דהבעל עשה אותה כחוב דאף אם לא יזכה בהם תהיה היא נפטרת ורבא למד מהילך דגם שם הלוקח מחויב לקבל המעות מדין תורה ומ"מ לא הוי נתינה וכן נמי כאן אף שהבעל מחויב לקבלם מצד תנאו מ"מ אם לא זכה בהם לא נתקיים התנאי דלא הוי נתינה — ובעירובין תי' התוס' קצת באופן אחר וע"ש דע"כ שני התירוצים צריכים דהוא תלה בדעתה וגם היא צריכה לכך דאל"ה עדיין הוי כמתנה ודו"ק:
והנה סוף סוף מש"ה לא הוי נתינה בע"כ נתינה משום דלא זכה בהם בע"כ המקבל זה ולא מהני אלא בחוב שאף שלא זכה מ"מ הלה נפטר מחובו — ובבתי ערי חומה שצריך לזכות בהם כדי שיצא הבית מרשותו וכן בגט מש"ה לא מהני — והקשה הרשב"א ז"ל הא גם בגט כתיב ונתן וא"כ צריך הבעל נקיים ונתן שכתבה התורה ומ"מ מהני הגט בע"כ של אשה וקשה הא כיון שאין האשה זוכה בגט זה בע"כ וא"כ האיך נתקיים מילת ונתן שכתבה התורה ולכאורה למה תלה הרשב"א ז"ל קושייתו אהא דרבא הא בלא"ה נמי כל במתנה ודאי דלא הוי בע"כ נתינה ולק"מ דבלאו הא דרבא הי"א הא דבמתנה לא הוי נתינה היינו לענין שאין המקבל זוכה בה אבל עדיין הי' אפשר לומר דמ"מ לגבי נותן מיקרי נתינה דהא הוא נתן אבל מדקאמר רבא דכל שלא זכה בה המקבל בע"כ לא מקרי נתינה כלל ולא נתקיים תנאי דתתן וא"כ בגט נמי הא כתיב ונתן ולא נתקיים:

וראיתי בספר שלם חיים שהקשה על הרשב"א הא בגט ל"ל שום זכיה דגט שכתבו על איה כשר ע"ש ולא דק כלל דודאי אחר שכן הדין דמהני גט אשה בע"כ לא צריך שום זכיה אבל ע"ז אנו דנין דלמה לא יצטרך זכיה הא לא נתקיים ונתן בע"כ ולמה מהני בע"כ וגט על איה כ"ז היא בכלל קו' הרשב"א ז"ל. — ותי' הרשב"א ז"ל שגם בגט רק לפטור ולסלק עצמו משיעבוד שיש לה עליו הוא בא ולכך מהני בע"כ כמו הלוה שפוטר עצמו מהחוב אף שלא זכה המלוה ומקרי נתינה לפטור עצמו וכן בגט:

עוד הסביר הרשב"א ז"ל דמש"ה הוצרך הלל לתקן בבתי ערי חומה ולא מהני נתינה בע"כ משום דהבית מכור ללוקח לגמרי והתורה הותנה תנאי למוכר בשם הלוקח שאם תביא מעות אחזיר לך. — וכיון הרשב"א ז"ל לתרץ מה דקשה לכאו' אהא דבתי חומה דאנו מפסידין את המוכר בשלו כשהביא המעות והלוקח לא רצה ליקח דהא משמע לכאו' דהמוכר הותנה כן שאם יביא המעות מחויב הלוקח להחזיר לו הבית וא"כ מצד הסברא דמהני אפי' בע"כ ולמה הוצרך הלל לתקן ולכך הסך הרשב"א ז"ל וכתב שהתנאי הוי כמו שהלוקח הותנה והבית מכור מכירה גמורה אלא שהלוקח הותנה כן לטובת המוכר שאם יביא יחזיר לו באופן דליכא במכירה זו שום תנאי שהותנה המוכר וא"כ אין אנו מפסידין את המוכר ולא הוי נתינה בע"כ ומש"ה הוצרך הלל לתקן משא"כ בהא דרבא הבעל הוא המתנה ולא מהני בע"כ להפסידו.
ואמנם לכאו' יש להקשות מנ"ל להלל זה שפי' בקרא שהוצרך לתקן הא יותר יש לפרש הקרא בפשוט דהתורה התנה כן למוכר שאם יביא מעות לא יהי' מכור עלמפרע ובזה יהי' טובה להכניס ויהי' הלוקח מחויב בלקיחת המעות שאם לא יקחם יתן לו בע"כ ויחזיק בביתו ואם לא יביא מעות הבית מכור מעכשיו. — ואפשר דיותר מספקינן לטובת הלוקח בזה. דהא באמת לא פי' כאן תנאי כלל ולא הותנה המוכר כלום אלא דהתורה חייבו ללוקח ליקח המעות ולחזור את הבית ואם לא יקח יעבור על פי' תורה. — אבל שיפסיד ביתו שלקח בלי שום תנאי אין זו סברא. ואין חוב זה שעליו ליקח המעות ולהחזיר הבית על הלוקח אלא מצוה בעלמא כשאר מצות התורה שאם לא יקיים יענש מן השמים אבל ביתו שלקח בלי תנאי שלו הוא. — אך אמנם יש להקשות על הרשב"א ז"ל דלפי מה שכתב דהבית מכור לגמרי ושאם יביא המעות צריך לעשות קנין מחדש ואין שהמקח בטיל מלמפרע וכ"ז מוכח דאל"ה אלא דהוי כמו שהותנה המוכר שאם יביא מעות יבוטל המקח מלמפרע ה"ה מהני נתינה בע"כ לפי הכלל שהוכיח הרשב"א ז"ל דאין להפסיד את המתנה בשלו — ולפ"ז קשה הא בעירובין דף ל"א אמרי' דה"ז כעין ריבית והתורה התירה ולפי דעת הרשב"א ז"ל ליכא שום צד ריבית דהא הבית מכור לו לחלוטין עד שצריך לעשות קנין מחדש ואין כאן שום צד ריבית וזה לע"ג — שוב מצאתי להגאון בעל נתיבות ז"ל שתמה כן על הגאון קה"ח ז"ל מג"א זו ולא זכר שכן דעת הרשב"א ז"ל כמ"ש הקה"ח, ונפלאתי הפלא ופלא על הגאון נתיבות ז"ל שתלה שם לדעת הרשב"א ז"ל דבתי ערי חומה הוי אוכם כמתנת פטרים. דהוי כאילו הותנה המוכר שאם אביא מעות יבוטל המקח ולא יהי' מכור כלל והיא פלא דא"כ גם נתינה בע"כ יהי' מהני. דלפי הכלל של הרשב"א ז"ל כל דהוי אוכם כמתנת פטרים גם נתינה בע"כ מהני. ועוד דדברי הרשב"א ז"ל מבוארים שם להיפוך דלא המוכר הותנה אלא הלוקח אבל הבית מכור לגמרי ומש"ה הוצרך הלל לתקן דאין להפסיד את הלוקח — עוד מצאתי קדוש אחד מדבר והוא המח"ס הלי' ריבית סי' י"ג שכ' ג"כ שהבית אינו מכור ללוקח אלא בתנאי ושאם יביא מעות בטיל המקח מעיקרא ע"ש שגם הוא ז"ל לקח לו כן מגמ' עירובין הנ"ל גם כי דכן מוכח מהא שחשמין בסוף י"ב חודש וגם הוא לא הוזכר שהרשב"א ז"ל כ' להיפוך ולע"ג:

ולענין הקו' מהא דעירובין כלע"ד לתרץ דודאי לפי הפשוט נראה דהוי ריבית כיון שזה הלוקח מחויב להחזיר לו הבית במעות שנתן ולא יכנה לו כלום במה שדר בו ולמ"ד צד אחד בריבית אסור מה"ת הוי ריבית גמורה אלא שהתורה התירה, אבל מה שהתורה התירה היינו טעמא משום דהתורה אמרה דהוי כאילו הותנה הלוקח ולא המוכר והבית מכור לגמרי ללוקח וכמ"ש הרשב"א ואין המכר בטיל מלמפרע וליכא ריבית כלל, וזה נראה ברור דלמה נאמר שחידש כאן התורה דין חדש והתירה איסור ריבית כיון דבאמת לא הותנה המוכר כלום א"כ למה נחדש חידוש גדול כזה יותר נאמר דהתורה עשאה כאילו הלוקח הותנה שאם יביא מעות חייב להחזיר לו אבל המכר אינו בטיל מלמפרע כיון דלא הותנה כן המוכר ואין תנאי כשהותנה כן הלוקח מעצמו לטובת המוכר מבטל המכר מלמפרע דלענין ביטול מקח הוי לו למוכר להתנות, וזהו שאמרו ה"ז כעין ריבית אלא שהתורה התירה היינו שהתורה התירה בענין היתר באופן דרק נראה כריבית אבל באמת אין כאן ריבית כלל — והא דשקיל וטרי בה בגמ' לענין ריבית היינו אי לא התירה התורה ולא עשאה כאילו הותנה הלוקח אלא המוכר אבל לפי שאמת התירה התורה בעלה הגונה בדרך היתר ולא בדרך חידוש:

ומזה הוכיח במשנה קודם תקנת הלל וכן הלל שהוצרך לתקן ולא אמרו נתינה בע"כ שמה נתינה דהוי מוכר המתנה ואין אתה מפסידו בשלו אלא דא"כ הי' קשה איך התירה התורה כאן איסור ריבית אלא ודאי שהתורה אמרה שהלוקח הוא המתנה והבית מכור מכירה גמורה ומש"ה לא הוי נתינה בע"כ נתינה והוצרך הלל לתקן וזה נכון בס"ד:

דין ב.

היכי דנתינה בע"כ שמיה נתינה אי צריך ליתנו דוקא לידו או סגי כשזורקו בפניו.

איתא בתשו' הרשב"א המיוחסות סי' רכ"ט הביאו המח"א דאפי' למ"ד בע"כ שמה נתינה דוקא כשזרק תוך חיקו או חצרה, והב"י הביא
בשם

בשם רבו דאפי' לא זרק תוך חצירו כמו מהני למ"ד שמה כתיבה וע"ש שהביא ראיה מתוס' פ' הזהב — והנה התוס' בעירובין הקשו דמה הי' סובר רבא הא הוי שלא בפניו וכדדמי רב שימי ותירצו התוס' דאי בע"כ הוי נתינה בפניו גם שלא בפניו מהני לזכות לו ע"י אחר ופירש הרשב"א ז"ל בכוונתם דאף שחוב הוא לו ואין חבין לאדם שלא בפניו מ"מ הא כשהוא בפניו ג"כ בע"כ הוא נותן לו והקשה הרשב"א ז"ל על התוס' דא"כ אפשר לומר כן דכל דמהני בפניו בע"כ גם לא בפניו מהני ע"י אחר הא גט אשה יוכיח דבפניה נותנין לו בע"כ ומ"מ אין עושין לה שליח לקבלה שלא בפניה ומכח קו' זו דחה דברי התוס'. ולענ"ד דהתוס' סברי דאי נתינה בע"כ הוי נתינה מהני הנתינה אפי' לא נתנה תוך ידו או חצירו, ובהכי ניחא ולא קשה עליהם קו' הרשב"א כלל דיש חילוק גדול מגט אשה דודאי כאן כמו שיכול לזרוק בפניו אפי' על הארץ ומהני וה"ט משום שהוא עשה מה שהי' ביכלתו לעשות ואם המקבל מונע עצמו הקבלה מה יעשה יותר ומהני וכן כמו מה"ט מהני אפי' שלא בפניו לזכות לו ע"י אחר דממ"נ אם המקבל רוצה א"כ זכה השליח בשבילו ואם אינו רוצה מ"מ הא הנותן עשה את שלו ואין המניעה אלא מהמקבל וזה לא איכפת לן והשתא אין כאן שום חילוק בין בפניו לשלא בפניו דכאן וכאן עשה הנותן את שלו מה שהי' יכול והמניעה מהמקבל אינו מעכב — והא תינח בנתינה בע"כ דכאן דמהני אפי' זרקו שלא בידו או בחצירו משא"כ בגט אשה דאף דמהני בע"כ מ"מ הא גזרת התורה שצריך דוקא בידה או חצירה וא"כ אם יזכה לה שלא בפניה ע"י אחר אותו השליח צריך דוקא להיות שלוחה כמותה כדי שיתקיים נתינה לידה ושלוחה א"א להיות אלא מדעתה אבל כאן א"צ השליח להיות שלוחו דהא ל"צ בידו וזה ברור — והרשב"א שהקשה כן הולך לשיטתו שהוא סובר דגם כאן צריך דוקא תוך חצירו או ידו וא"כ ודאי קשה מגט אשה:

דין ג.

נתינה בעל כרחו לענין קידושין ומתנה.

כתב במח"א הל' זכיי' ומתנה הל' כ"א לענין נותן מתנה ע"מ שתתן לי ר' זוז ונתנה לו בע"כ דנראה לו ז"ל דמ"ד לא הוי נתינה רק לענין גיטין סובר כן משום די"ל ללעוזי קא מכוון אבל בקידושין ומתנה דלהרווחה כל שאינו רוצה נתקיים תנאו, ומנא אמינא לה מההיא דהאומר לאשה הרי את מקודשת ע"מ שאתן לך ר' זוז דאפליגי ר"מ ור"י דלר"מ אמר והוא יתן ור"י לכשיתן מאי בינייהו שפשטה ידה וקבלה קדושין מאחר דלר"מ לא הוי קדושין משום דתנאה הוי ואם איתא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה כי נמי הוי תנאה הא יכולה היא לחזור בה ולומר א"א לקבל וכי פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר הרי חזרה בה וכ"ה כיון דנתרצית א"כ וקבלה אלו הקידושין לתפרע כו' ואע"פ שהוא לווה תחילה ואומר איני רוצה כו' ז"א דבפ"ק דקדושין אמרו האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ויהיב לה דינר כו' ואם איתא מאי קושי' נהי דהרשות בידה לחזור כל כמה דלא קבלה דנתינה בע"כ לא שמה נתינה מ"מ כל שנתרצית היא וקבלה הרי היא מקו' לתפרע עכ"ל — ולענ"ד אין מזה ראיה דהא ודאי אף אם נאמר דנתינה בע"כ גם בכה"ג לא מהני ואם נתן הוא והיא אינה רוצית לקבל לא קיים את התנאי מ"מ חזרה שלה לא מהני כלום שאם תחזור מקדושין קודם שנתן הוא לא מהני דהא כל בע"מ או מעכשיו לא מהני חזרה לרוב הפוסקים וא"כ בהא דר"מ שפשטה ידה וקבלה קדושין מאחר אף שחזרה בה מ"מ לר"מ לא מהני חזרה שלה ואם נתן א"כ וקיבלה המעות מקודשת לתפרע ולא אמרי' נתינה בע"כ לא שמה נתינה אלא שאם נתן תוכל היא למנוע ממנו שלא יקיים תנאו וממילא לא תהי' מקודשת אבל קודם שנתן הוא ולא בא לכלל זה של קיום התנאי לא מהני חזרתה כלום — וכן שפיר פריך אמאי דר"א מברייתא שהי' מונה והולך משום דהא קתני שיכולין לחזור קודם דיגמר החשבון ואי הוי תנאי וכר"א א"כ אמאי יכולין לחזור הא כל בע"מ לא מהני חזרה א"ו דלא הוי תנאי אלא בכל המנה הוא מקדשה ועיין רש"י שם — והגאון מח"א ז"ל סובר דאם נתינה בע"כ לא שמה נתינה א"כ כמו שהאשה יכולה לומר איני רוצה לקבל המעות כן נמי תוכל לחזור ולבטל את הקדושין לגמרי אבל לענ"ד יש לחלק שאם היא אינה רוצה ליקח מ"מ לא נתבטלו הקדושין דעדיין תוכל ליקח המעות דהא לא קבעה זמן לנתינה ובהא ודאי שתוכל ליקח לזמן אחר אבל אם חזרה לגמרי ונתבטלו הקידושין הא לא איירי בתר הכי — ומצאתי ברשב"א דף ע"ה שם ד"ה ולענין הכי בפירוש שאין חילוק בנתינה בע"כ בין גיטין וקדושין כלל ובשניהם הוי ספק עכ"ל:

דין ד.

מי שהיה אנוס ביום אחרון ותוך הזמן לא היה אנוס אי הוי אונס.

הנה ביו"ד סי' רל"ב הביא הרמ"א בשם אגודה דאם בתוך ל' לא הי' אונס וביום ל' קרהו אונס אין זה אונס דהי"ל להקדים ביאתו והביא האגודה ראיה מהא דהלל דלמה הי' צריך הלל לתקן הא כשהטמין הלוקח א"כ יש לו למוכר טענת אונס א"ו דזה לא מקרי אונס דה"ל להביא מעות קודם סוף הזמן. והסמ"ע סי' ק"ס וכן הקצה"ח הקשה הא בבתי ערי חומה הוי כאונס דמתנה חייבים דהא הבית מכור ללוקח מכירה גמורה וא"כ הא כי הש"כ והוא מהר"ן בקדושין דבכה"ג לא מהני טענת אונס וכרי' דבירושלמי דאמר אונס כמאן דלא עביד ואין האשה מקודשת ועיין ש"ך חו"מ כ"א וכן בר"ן בשבת דהאשה אומרת מה לי באונסך סוף סוף לא נתקיים התנאי ובאונס דמתנה שטריה מודה ר"י וא"כ כאן דהוי אונס דמתנה חייבים לא מהני. והר"ן באמת חולק על הדין של האגודה. וראיתי בש"ם וכן ר' בעז"ב גיטין שהי' לתרץ קושי' על האגודה דשאני כאן דהלוקח מחויב לקבל המעות והוא עצמו מנע את המוכר לקיים תנאו ובכה"ג אפי' אונס דמתנה חייבו אמרי' — ולענ"ד לא נראה סברא זו דכיון דלר"י ל"א אונס דמתנה חייבו וה"ט משום דאונס כמאן דלא עביד ולא נתקיים התנאי וא"כ גם כאן סוף סוף לא נתקיים התנאי דהא לא הביא המעות ולא נתן ומשום דהלוקח מחויב מה"ת ליקח ולהחזיר את הבית מ"מ משום זה אין אנו יכולין להפסידו בשלו וליקח ממנו הבית כיון דלא נתקיים התנאי וראיה ברורה הך דהרשב"א לענין נתינה בע"כ דאי הי' סברא זו שפיר הוה גאוני בתנאי אמת א"כ גם לענין נתינה בע"כ ניחא כן דלהוי נתינה דאף דלהפסידו בשלו ל"א דהוי נתינה מ"מ הא כאן הלוקח מחויב מה"ת לקבל המעות א"כ נפסידו ונאמר שיחזיר הבית בע"כ. א"ו דלא מהני מה שהוא מחויב לקבל להפסידו בבית שלו דאין חיוב זה שהוא מחויב לקבל יותר מאחר מצוה שבתורה שאם לא יקיים מצות התורה ענש יענש מה"ש אבל לא התיר ממונו בשביל זה וכיון דע"י נתינה בע"כ לא נתקיים התנאי א"כ ממונו הוי ואע"פ שהוא הגורם למניעת התנאי מ"מ לא נתקיים וא"כ כן נמי לענין טענת אונס אף שהלוקח מונע ממנו מ"מ לא נתקיים התנאי ואין אנו יכולים ליקח ממנו שלו משום שהוא בעל עבירה והטע וכ"ז ברור:

אבל מה שנלענ"ד לענין קו' הסמ"ע והקצה"ח דבבע"ח לק"מ דהא בזה פליגי ר"י ור"ל בירושלמי ור"ל הי' סובר שם דאונס דמתנה חייביה ג"כ אמרי' דהוא סובר גם בקדושין כן דאונס כמאן דעביד ונתקיים התנאי מיקרי וא"כ הא גם ר"ל צריך לתרץ הא דהלל והטעם שקודם תקנת הלל דמה מהני ללוקח מה שהטמין עצמו הא יש לו למוכר טענת אונס והוי כמאן דעביד ונתקיים התנאי א"ו דלא מקרי אונס מה שטוען על לבסוף כיון שלא הביא המעות קודם ומדר"ל באונס דמתנה חייביה נשמע לר"י באונס דמתנה פטריה דבהא לא פליגי דכל דלא הוי אונס לר"ל גם לר"י נמי לא הוי אונס וזה פשוט וברור מאוד בסייעתא דשמיא:

עוד הקשה בש"ם על ראיית האגודה שמא לא הי' לו למוכר מעות קודם סוף הזמן וא"כ הוי אונס מתחילה ועד סוף, ולענ"ד לק"מ דודאי אין המוכר נאמן לטעון טענת אונס שאינה מבוררת לנו כדי להוציא הבית מהלוקח וזה האונס דלבסוף שהטמין עצמו מביא האגודה שפיר דהרי אנו רואין אונסו — גם בלא"ה נראה דאפי' אם ידוע שלא הי' לו מעות אין זה טענת אונס דא"כ אם לא יהיה לו מעות לעולם ולא יביא כלום יהי' זה מחויב להחזיר לו הבית בלא מעות ואפי' אם הי' המוכר המתנה דהוי עלי לטעון טענת אונס דהוי אונס דמתנה פטריה מכל מקום באונס זה אנן סהדי דאפי' המוכר עצמו לא רצה בזה שאם לא יהיה לו מעות לעולם שזה יחזיר לו הבית מחמת אונס שלו בחנם וכיון שאין יכול לטעון טענת אונס שאין לו מעות ואדעתא דהכי לא מכרתי כן נמי לא יכול לטעון לא הי' לי מעות קודם ואונס הייתי דזה שאין לו מעות עלה על דעתו והוי אונס דשכיח עובדא דלא מהני כלום דאף עפ"י מכר, אלא שאם הי' יכול לטעון הי' לי מעות ואונס הייתי בנתינה ושפיר הוכיח האגודה דאמאי לא יטעון כן, א"ו שהלוקח יאמר לו אמאי לא הבאת קודם הסוף מה יאמר לו המוכר לא הי' לי זה לא מהני וכמ"ש — ובקלות המופן הקשה על האגודה איך הוכיח דלא נתינה בעל כרחו הא כיון שאין זה רוצה ולא רצה מעולם ודאי אנוס הוא כנראה לפי עניות דעתי דלא קשה מידי דעל תקנת הלל יש לפי זה שני קושיות חדא הא דצריך הבא יתן לו בעל כרחו ויתקיים התנאי, ועוד קושית האגודה הא הוי ליה אנוס ועל קושיא זו עדיין יש לתרץ כמו שכי האגודה דבאמת אם היה המוכר רוצה ליתן קודם לבסוף והלוקח לא הי' רוצה ליקח לא היה צריך הלל לתקן אלא דהלל תיקן לאותן שלא הביאו המעות תוך הזמן אלא בסוף דבכה"ג גוונא לא הוי אנוס וכמ"ש האגודה ולא נשאר אלא קושית הבא דלא צריך לתקנה לכולם דיתן בעל כרחו ועל זה מהני נתינה בעל כרחו לא הוי נתינה ושפיר הוכיח ולא קשה מידי דו"ק ותשכח כי הדברים ברורים בסייעתא דשמיא:

כלל כו.

מצוה הבאה בעבירה

דין א.

באיזה אופן הוי מהב"ע דאו' ובאיזה אופן לא הוי אלא דרבנן.

הנה דברי התוס' נראים כסותרים זא"ז דלעיל דף ט' כתבו דמש"ה צריך לך למעט סוכה גזולה משום דמהב"ע לא הוי אלא מדרבנן וכן נראה ממ"ש דף ל' ד"ה מתוך דשמואל לא חייש למהב"ע ביום ב' שהוא דרבנן ומחלקו בין דאו' לדרבנן נראה שסברי מהב"ע לא הוי דאו' דאי הוי דאו' אין סברא לחלק בין מצוה דאו' למצוה דרבנן בכל א"ו סברי דכל מהב"ע לאו דאו' וסובר שמואל דרבנן לא פסלי מהב"ע אלא במצוה דאו' אבל בדרבנן לא וכן דקדק הט"ז מדבריהם. — ובתוס' דף ל' שם ד"ה משום הכיהו התוס' בקושי' מצוה דלולב וממצה של טבל וא"כ סוברים מהב"ע דאו' וכן דקדקו האחרונים ז"ל:

והנראה לבאר הסתירה במ"ש התוס' לעיל דף ט' דלפי' ר"ת שסובר דאפי' אי יאוש קונה הוי מהב"ע א"כ לשיטתו מוכח מהא דעולא דמהב"ע מן התורה דהא הוא אמר אינה מכפרת מה"ת וא"כ הוא אומר בפי' דמהב"ע פסול דאו'. והכלל מדברי התוס' הם דלפי' ר"י אינו מוכח כן ולכאו' הא גם לפר"י מוכח דהא גם הוא פי' דברי עולא משום מהב"ע וא"כ עכ"פ מוכח דמהב"ע דאו' אך כלל בכוונתם דלפי' ר"י יש לנו לחלק ולומר דדוקא היכא דהמצוה מסייע להעבירה כמו בקרבן אם יאוש ל"ק שם הוי מהב"ע מה"ת אבל היכא דאין המצוה מסייע כלל אף שהוא עושה עבירה במצוה זו ואף דהעבירה מסייע לו למצוה שע"י העבירה באה לו המצוה וכגון בסוכה או בלולב הגזול ביום א' מ"מ לא הוי מה"ת דאכן הא מהב"ע מקרבן גמרינן לה ושם הא המצוה מסייע לעבירה שע"י המצוה קונה אותו בש"ר משא"כ בסוכה שאין המצוה מסייע דהכי ל"ל לקנין אי לא כתיב לך ולא הוי אלא דרבנן וזהו סברא גדולה לפר"י לחלק בהכי. — דהא כן אומר הר"י לחלק דהיכא דקני קודם המצוה וליכא שום עבירה בשעה שעושה המצוה בחפץ זה לא הוי מהב"ע כלל ואפי' מדרבנן. וא"כ ממילא שהוכל לחלק דאף כשלא קנה עדיין ואיכא עבירה מ"מ כשאין המצוה מסייע לא הוי אלא דרבנן. אבל לדעת ר"ת שהוא סובר דאפי' קנה וליכא השתא על השמים החפץ שום עבירה מ"מ הוי מהב"ע כל עוד שלא השיב דמי החפץ והוי הגזל בידו וא"כ לפ"ז וודאי שאין לחלק כלל והוי דאו' כמו בסוכה וזהו כוונתם שם בלי ספק דמש"ה הקשו שם רק לר"ת מהא דעולא.

ולפ"ז מבואר הסתירה שבתוס' דלעיל דף ט' הא הולכים התוס' בשי' הר"י ומש"ה כ' דמהב"ע הוי דרבנן והיינו בזה האופן כמו בסוכה שאין המצוה מסייע לעבירה ולשיטי' ר"ת הא כ' שם בעצמם דלשיטתו מוכח מהב"ע מן התורה וא"כ כאן דף ל' ד"ה משום הלכו לשי' ר"ת. — ובלא"ה מוכח כן דלשי' הר"ת הולכים כאן דהא הקו' שהקשו מלולב של אשירה לכאו' לק"מ דמה עבירה הוא עושה במה שנוטל לולב של אשירה למצוה הא לא נהנה כלום דמצוה לאו להנות ניתנו וכן הקשה בטעמ"א ועיין שעה"מ שהניח בקו' למה לא תי' דבאשירה כבר עבר ועתה ליכא עבירה אבל לא דקו דלק"מ דכאן הלכו התוס' לשי' ר"ת דלשי' ר"י ל"ק קו' הראשונה דלהם דמהב"ע היכי דאין המצוה מסייע הוי דרבנן וא"כ לשי' ר"ת שפיר הקשו דהא הוא סובר דאפי' קנה הגזילה הוי מהב"ע וא"כ הא בגזל נמי אחר שקנה את החפץ ואינו חייב אלא דמים הוא אינו עושה שום עבירה בהשמים של החפץ דקודם שקנה הוא עובר בכל פעם על מצות עשה של והשיב אבל אחר שקנה אינו עובר כלום ומ"מ סובר הר"ת דכל שנעשה בו עבירה מאוס למצוה וא"כ של אשירה נמי אם לא כמו שחילקו התוס' דבגזל באה המצוה ע"י העבירה משא"כ בשל אשירה. — אבל לשי' הר"י וודאי דלק"מ קו' התו' דאף שכתבנו דעכ"פ גם לר"י הוי מדרבנן מהב"ע אפי' היכי שאין המצוה מסייע מ"מ היינו דוקא כשעכ"פ עושה עבירה בשעת קיום המצוה אבל כשאינו עובר כלום וודאי דלא הוי מהב"ע לשי' ר"י ואפי' מדרבנן. ודע דקשה לי על קו' התוס' למה הקשו קושייתם דוקא על לולב של אשירה למה לא הקשו על הא דתנן מן הבקר ומן הצאן להוציא את הרובע והנרבע ולהוציא את הנעבד ול"ל קרא תיפוק ליה דהוי מצוה הבא בעבירה וכל שנעבדה בו עבירה פסול למצוה להס"ל של תוס' משום מהב"ע. — ואפשר דל"ק דצריך קרא להיכא שנעבדה באונס דעשו בו אונס כרצון ומשום מהב"ע לא מפסול באונס כמ"ש הרי"ע אלגאזי ר"פ יש בכור דאונס רחמנא פטרי' ולא עשה עבירה ועיין בסוף הכלל, אלא דלפ"ז הא גם קו' התוס' ל"ק מאשירה די"ל דמיירי ג"כ שנעבדה באונס דמשום מהב"ע ליכא ומשום כיתותי מכתת שיעורי' ליתא. אלא וודאי דלאו מילתא היא דלא משכחת בע"ז באונס דאף שפטור ממיתה מ"מ עבר על עשה שחייב לאבד כמבו' לדברי הכל כמ"ש הר"מ מקולי בע"ז דף כ"ד בתוס' שם וא"כ גם שם קשה קו' התוס' ויש ליישב. — אבל הדברים אמת.

והנה כמבואר לנו שי' הר"י והיא שיטת רוב הפוסקים דכל שהמצוה מסייע לו לעבירה הוי מהב"ע מה"ת וכל שאין המצוה מסייע לו אף שבשעה שעושה המצוה עושה ג"כ עבירה והמצוה באה לו ע"י עבירה לא הוי מה"ת אבל מדרבנן פסול וכל שקנה הגזילה באופן דליכא עתה שום עבירה כשר אפי' מדרבנן. — והא דמייתי מהא דר"י בלולב הגזול אף דשם בקרבן המצוה מסייע לו י"ל דהכי מייתי כיון דאיכא מהב"ע דאורייתא היכא דהמצוה מסייע לו א"כ אף במקום שאין המצוה מסייע לו הוי עכ"פ מדרבנן וסובר ר"י דכיון דבכה"ג הוי מהב"ע עכ"פ מדרבנן פסול גם ביום ב' אף דהמצוה לא הוי אלא דרבנן ושמואל סובר דכיון דבכה"ג לא הוי פסול של מהב"ע אלא מדרבנן לא חיישינן ביום ב' שהוא דרבנן וכן התוס' ד"ה מתוך והוא לשי' הר"י וכמ"ש לעיל:

והנה כפי הכלל אין לנו ביום א' שום נ"מ במהב"ע דהא אם קנה בשינוי או למ"ד יאוש קונה תו ליכא משום מהב"ע לשי' הר"י ואי לא קנה א"כ פסול משום דלא הוי לכם — אבל מצאתי להריטב"א שכ' וז"ל ולא אמרו אלא כשהמצוה סייעה לעבירה שבקדושת המצוה הוא קונה אותו והוציאו מרשות נגזל כגון שהי' יאוש כדי שאינו קנה וכשהקדישו במצוותו ה"ה כאילו מכרו דמ"ל מכרו לגבוה מ"ל מכרו להדיוט וה"ל ע"י המצוה יאוש וש"ר כו' אבל כל שאין המצוה מסייעה לקנין כו' אינו נפסל לקרבן ולא למצוה עכ"ל, וכן כ' בריטב"א ר"ה כ"ח גבי תקע בשופר של ע"ז דהמצוה מסייע לו דהוי ש"ר אי ש"ה, ולפ"ז יש לנו נ"מ אפי' ביום א' לדידן דיאוש ל"ק וע"י קדושת המצוה כשנוטלו למצוה הוקדש למצותו ונעשה ש"ר וכן בדין דהא נעשה כמו הקדש שאסור בהנאה וא"כ משום לכם לא נפסל דהוי לכם שקנה ביאוש וש"ר אבל פסול משום מהב"ע והוא פסול מה"ת לפמ"ש לעיל אפי' לשי' הר"י ובהא אפי' שמואל מודה דהא בכה"ג הוי מהב"ע דאו' כמו בקרבן אלא דלכאו' אין לנו נ"מ בסברא זו דהא ביום ראשון דהמצוה דאו' ג"כ מודה שמואל אפי' במהב"ע דרבנן — אולם דמ"מ יש לנו נ"מ כגון בקטן שהגיע לחינוך שהוא מחוייב מדרבנן ולא מה"ת אפי' ביום א' וא"כ הי' הס"ד שיצא קטן בלולב הגזול אחר יאוש דהא מהב"ע לאו דאו' לפמ"ש התוס' ובדרבנן הא מכשיר שמואל אבל לפמ"ש דבכה"ג היכא דהמצוה מסייע הוי מה"ת וא"כ כל שהוא פסול תורה לא מהני אפי' לדרבנן ולא יצא הקטן — ובמה שכתבתי מתיישב היטב מה שהתקשה הפ"י על הא דאמר שמואל מהך שיוצא בשאול ע"ש שכ' דלפי' התוס' קשה ומה שכ' הפ"י לולי דברי התוס' הוא דחוק בסברא דבמה שהוא מתכוון לגזול עדיין לא קנה ואיך באה המצוה ע"י העבירה, אבל לפמ"ש א"ש לדברי התוס' דוקא דשמואל בא להכשיר ביום ב' משום דמהב"ע הוי רק דרבנן וכמ"ש התוס', ואמרנו לעיל דהיכא דהמצוה מסייע לו לעבירה מודה שמואל דאפי' בדרבנן פוסל מהב"ע כה"ג דהא הוי פסול דאו' וע"כ אמר שמואל דביום ב' דיוצא בשאול וא"כ אין המצוה מסייע לעבירה כדי שצריך לקנות ע"י קדושת המצוה שהיא ש"ר דהא לא בעינן לכם ומש"ה לא הוי מהב"ע אלא דרבנן וכשר ביום ב' משא"כ ביום א' שאינו יוצא בשאול ובעינן לכם וא"כ הוא צריך לקדושת המצוה כדי שיהי' שלו וא"כ הוי פסול של מהב"ע פסול דאו' ולא מהני כלל ואפי' לדרבנן כנ"ל נכון מאוד — ולדרכה נ"ל דמ"ש כי התוס' דשמואל אינו חולק על עיקר מהב"ע והקשה בקוב"י מנ"ל לתוס' דילמא שמואל כר"י דגיטין ס"ל דאינו סובר מהב"ע כלל אבל לפמ"ש מוכח כן מדקאמר מתוך שיוצא בשאול ומשמע שבא לומר דהיכא שאינו יוצא בשאול איכא משום מהב"ע — וכן מתיישב לי עם שהקשה במהר"ם לובלין והניח דברי התוס' בצ"ע דא"כ מאי לא מבעי אמר רבא דשאול מכשיר פסול דילמא דוקא גזול משום מהב"ע ולא שאול בשלמא לר"י ל"ק דהוא לא אמר דבמשנה זאת איכא גם שאול לפסול אבל רבא הא רצה לתרץ דמשנה זו מוכח שאול ממכש"כ מגזול ואיך מוכח. אבל לפמ"ש א"ש דכיון דגזול פסול א"כ שאול נמי פסול דאי שאול כשר א"כ ליכא בגזול פסול תורה וכיון דהכי דומי' דיבש ע"כ מפסול תורה מיירי וא"כ משום לכם נגע בה והוי שאול מכש"כ דודאי לאו לכם ודו"ק. — וע"פ הדברים האלה יש ליישב מ"ש השע"מ על הר"מ שכ' הגזול פסול אפי' אחר יאוש וכ' השע"מ שכן מבואר בגמ' ותמה הר"מ הא בגמ' לא מבואר אלא למאן דפוסל מהב"ע אבל הר"מ דסובר ביום ב' כשר וא"כ סובר כשמואל ולדברי שמואל לא מבואר כן. ע"ש שכ' הכ"מ דהר"מ פוסל אחר יאוש משום דיאוש ל"ק — ולענ"ד הא וודאי ידע השע"מ דהר"מ סובר יאוש ל"ק אלא דקשי' ליה הא הוי יאוש וש"ר ע"י קדושת המצוה וא"כ הוי לו להכשיר אלא ע"כ דגם הר"מ פוסל היכא דהמצוה מסייע לעבירה וכן שמואל נמי הא סובר כן לפמ"ש דביום א' פסול נמי משום מהב"ע וזה מבואר מדאמר מתוך שיוצא בשאול ומשמע ביום א' מודה לר"י דמשום מהב"ע נמי איכא ומודה דל"ש קודם יאוש ל"ש לאחר יאוש ואף דאיכא נמי ש"ר מ"מ הא הוי מהב"ע וא"כ זה שכ' השע"מ דמבואר כן דהיינו שאין ע"ז חולק דאפי' אחר יאוש פסול משום מהב"ע וזה נכון וברור והא דפסק הר"מ בפ"ח מה"ת כר"י לענין קרבן יבואר לקמן אם ירצה השם:

והנה כל מה שכתבנו היא לשי' הר"י ולשיטתו כי התוס' דמהב"ע הוי דרבנן ובאופן דאין המצוה מסייע אבל היכא דהמצוה מסייע הוי דאו' ולדידן דקיי"ל יאוש אינו קונה א"כ ביום א' אף דהוי לכם

מ"מ

מ״מ פסול משום מהב״ע מה״ת ופשיט מדמה ר״י להקדש אלא בסוף סובר דגם ביום ב׳ דהוי דרבנן ומהב״ע ג״כ לא הוי אז אלא מדרבנן מ״מ פסול ועי״ז חולק שמואל, אבל לפי רש״י ור״ת הא הוכיחו התוס׳ דכל מהב״ע הוי מה״ת מהא דעולא וכמ״ש לעיל וא״כ ע״כ צ״ל דשמואל חולק על כל הדין ואינו סובר מהב״ע כלל — ובזה ניחא מה דקשה על התוס׳ הכי בב״ק כשהקשו על פי׳ ר״ת מהא דפריך ולקרינהו בשם וכ׳ שם דדוחק לומר דסובר כריב״ב והקשה הפ״י הא א״א נוי כן אפי׳ בדוחק דהא ריב״ב מודה למהב״ע לפמ״ש התוס׳ דרק על יום ב׳ דרבנן פליג ולפמ״ש לק״מ דהא התוס׳ הקשו לפי׳ ר״ת ולדידיה ע״כ מהב״ע דאו׳ וצ״ל דריב״ב פליג לגמרי ודו״ק:

ועתה נבאר שי׳ רש״י ור״ת ונסור מעליהם כל הקושי׳ דהנה הם סוברים דאפי׳ ייאוש קונה מ״מ איכא מהב״ע וכדמשמע לשון הגמ׳ הא קנוי׳ ביאוש, והא דקשי׳ ר״י אדר״י דהוא סובר ייאוש ל״ק בב״ק כאיתי בספר הישר לר״ת דר״י באמת סובר ייאוש קונה ע״ש — והבעל המאור דוחה מכח קו׳ זו כל הדין של מהב״ע ואומר דר״י משמי׳ דרבה אומר כן והוא לא ס״ל — ולכאו׳ מה זו ראיה לדחות דין של מהב״ע הא אפי׳ אם נאמר דר״י פליג על הדין של ייאוש מ״מ למה יפליג על מהב״ע הא אפי׳ ייאוש ל״ק מ״מ מוכח מהב״ע דהא קונה בייאוש וש״ר וכמ״ש רש״י לשיטתו ויותר שלא על הרמב״ן ז״ל שלא דחה ראיה של הבעל המאור אלא דאפי׳ לא מוכח מקרא מ״מ מהב״ע סברא היא ולמה לא מוכח מקרא אפי׳ ייאוש ל״ק — ונראה דהבעל המאור הולך לשיטתו שכ׳ פ׳ הגוזל בתרא דליכא בקדשי מזבח לא ש״ר ולא ש״ה ופי׳ בהא דהגונב הקדישן הקדש מדרבנן ובקדב״ה ע״ש וא״כ לדידי׳ ודאי לר״י דייאוש ל״ק לא הוי הקדש כלל וא״כ לא מוכח מקרא מהב״ע כלל ומש״ה גם הרמב״ן לא דחה ראייתו כמ״ש שרצה לדחות אפי׳ לשיטתו של בעל המאור. והנה הר״ת ורש״י הקשו דאמאי לא פריך על עולא מגופה דברייתא דתני שאינו חייב בד״ה ואמאי הא לא הוי הקדש ומכח זה מוכח דעולא סובר ייאוש קונה ורק לענין הקרבה לא, ופי׳ הר״ת דלא הוי פריך מגופה הוי מוקמינן לה בהקדש בעלי מומין דקדשי לעולא דהא ייאוש קונה אבל השתא דתני עלה ח״כ ע״כ בקדשי מזבח איירי וא״כ סובר ר״ת דלא הוי הקדש כלל אלא חולין גמורין דלהקרבה לא קני ליה ייאוש א״כ הוא מקדיש אינו שלו ואף דסבר ייאוש קונה מ״מ הא להקרבה לא קני ליה ייאוש א״כ הוא מקדיש אינו שלו ולפ״ז לפי האמת דתני עלה ח״כ א״כ גם מגופה קשה אמאי פטור מד׳ וה׳ הא בקדשי מזבח לאו הקדש הוא כלו׳ ואי קשי׳ מה זו ראיה דילמא סובר ייאוש ל״ק כלל ומ״מ הא מוקמינן לה בבעלי מומין דקנה לי׳ בייאוש וש״ה או ש״ר לק״מ דהר״ת סובר דהא דתנן הגונב הקדישן הקדש היינו מדרבנן וסובר כבעל המאור דליכא ש״ה ולא ש״ר בהקדש מה״ת כלל וכן כ׳ בספר הישר הוא ז״ל עצמו, אבל הא קשי׳ לי לשיטה זו דא״כ כדמשני אוקמוהו ברשותו מאי טעמא כמי פטור מד׳ וה׳ דהא מה״ת לאו הקדש הוא וא״כ הא חוטא נשכר במה שאוקמוה ברשותו שיהא פטור מד׳ וה׳ — ורש״י ז״ל לא סובר בהא כר״ת אלא דשפיר קנה הקדש והוי הקדש אלא דפסול וכן כ׳ בפי׳ דהוי הקדש אלא להקרבה לא וכן כ׳ גבי אוקמו רבנן ברשותו שיהי׳ הקדש גמור ומשמע דהוי הקדש בלא אוקמוה ברשותו ומה״ת, אלא דפסול ולא הוי גמור וכן פי׳ הריטב״א והרמב״ן ולפירוש זה פטור מה״ת בד׳ וה׳ — ולפי הרש״י יותר יש ליישב הראי׳ שהביא דלעולא קונה ייאוש מהא דלא פריך מגופה ולא נצטרך לומר דרש״י אינו סובר ייאוש וש״ר אלא אף דייאוש וש״ר הוי קנין למ״ד ייאוש אינו קונה מ״מ כאן א״א לפרש כן וכמו שאבאר דהנה הרמב״ן ז״ל פי׳ הגוזל בתרא כי ליישב הסתירה דעולא סובר ייאוש ל״ק מוהבאתם גזול. וקשה מהא דתנן הקדישן הקדש ומוקי לה הרמב״ן גם בקדשי מזבח אלמא הקדשן הקדש וא״כ מה יליף מוהבאתם דלא מהני ההקדש. וכ׳ דגבוה קני בייאוש וש״ר אבל גזלן לא קני ולאו שלו הוא וזהו שאמר מוהבאתם היינו שלא נרצה הוא לו אף שהקרבן כשר הוא מ״מ לא עלה לו נדר חובה, וכ׳ עוד דאפשר שהקרבן פסול הוא דהוי מהב״ע וא״כ לא הפיקא ליה לרמב״ן אי סובר עולא מהב״ע או לא:

והנה לפי׳ הראשון דעולא אינו סובר מהב״ע א״כ הא דפוסל כאן היינו משום דדוקא בעולה הוא דכשר אף דהגזלן לא קנה אלא גבוה משום דעולה כשירה בלא בעלים ושלא לשם בעלים כשירה אלא שלא עלה לבעלים אבל חטאת פסולה שלא בבעלים ושלא לשם בעלים וא״כ בחטאת מה״ת פסולה כשלא קנה גזלן ולכאו׳ יש להקשות לפ״ז מאי פריך בגמ׳ על עולא מהא דא״כ הא י״ל דעולא דפוסל הא מיירי בחטאת אבל ברייתא דילמא מיירי בעולה ושפיר הוי דהא הקרבן כשר אלא שלא עלה לבעלים וזהו הערה גדולה וקו׳ זו מצאתי אח״כ בח״ס חו״מ קכ״ה בשם רבי עקיבא איגר ז״ל ע״ש מה שהאריך בח״ס ז״ל.— אך נראה דהגמ׳ סובר דע״כ מקרבן פסול מיירי הך ברייתא דאי מקרבן כשר א״כ מאי קמ״ל הא ודאי ח״ב כיון דהקרבן כשר א״ו מפסול מיירי והכי פריך בשלמא לר״י דפסול מדרבנן בנודעה לרבים א״ש דמיירי בנודעה וכן המשמעות דחייב ד׳ וה׳ לא משכחת אלא כשבא לב״ד עם עדים וא״כ תני עלה ח״כ בכל גוונא וקמ״ל דאפי׳ נודעה דפסול מדרבנן מ״מ כיון דמה״ת כשר ח״כ אבל לעולא דפסול מה״ת אמאי ח״כ ומשני אוקמי׳ רבנן ברשותו כדי לחייבו. — והנה תוס׳ הקשו על רש״י שפי׳ שקנסו אותו ועשו זה משום שכשר בפנים כדי שלא יהיו כהנים עצבים ומעילה ח״כ, וצ״ל דלרש״י לא ניחא לפרש כן דלפ״ז מה הטעם שאמר אוקמוה ברשותו כדי לחייבו ועוד מאי אהני עלי׳ הא הדבר משוע דכשהוא כשר לקרבן ואפי׳ מדרבנן מ״מ הא ראוי לבוא לפנים וה״נ, אלא ודאי דרק משום לקנסו ולחייבו כרת אוקמוה ברשותו ואמרו שהוא קרבן כשר לגמרי דאי משום שלא יהיו כהנים עציבים הי׳ די שיאמרו חז״ל כשהבעלים דהיינו הגנב או הגזלן נתכפר ואין צריך להביא אחרת והיינו כשנודע אחר שהקריבו הכהנים וכמו שפרש״י לסנה״ד דהא דמכפרת היינו משום שב״ד עוקרין דבר מה״ת בשב ואל תעשה והיינו דבאמת אין הקרבן כשר ואם הי׳ נודע קודם שקרבה הי׳ אסור להקריבה ורק אחר שנקרבה מתכפרת והנה הרשב״א שחולק על רש״י והיינו דאמרי עלי׳ כשאמר כרת מדבריהם משום שהם הא סוברים שאין זה קרבן כשר כלל אלא שמתכפרת ואין הבעלים צריכין להביא אחרת וא״כ אין כאן כרת דהא אינם ראוים לבוא אפי׳ מדרבנן ועי״ז אמר רבא דאוקמוה ברשותו כדי לחייבו ור״ל דכדי נמי לא הוי צריכו לומר דרק מתכפרת אחר שהקרבה אלא דאוקמו׳ ברשותו ממש ולהקריבו אפי׳ נודע קודם משום הפקר ב״ד וזהו דקמ״ל בברייתא דהא דתני במתני׳ שמתכפרת היינו מטעם הפקר ב״ד ולא משום עקירת דבר בשב ואל תעשה וכהס״ד ולעולם בלא נודעה לרבים מיירי, ועיין לקמן מ״ש לדעת הר״מ ז״ל שהוא מפרש דבקרבן פסול ג״כ אוקמו ברשותו אם שחט בחוץ וכאמר שאם הי׳ שוחטו בפנים הי׳ כשר אבל אם באמת שחט בפנים הי׳ פסול ע״ש:

והשתא אתינא דרש״י סובר דלמ״ד ייאוש ל״ק גם עם ש״ר לא קני גזלן אלא האחר הוא דקני משום דבא לידו אחר ייאוש ובהתירא אתא לידו ולדידי׳ מהני לו הייאוש דלגזלן ל״ק ייאוש משום שבא לידו באיסורא אבל האחר קנה וכן סובר הרמב״ן שהבאתי דגבוה הוא דקני ולא גזלן וכן כ׳ ג״כ במלחמות פ׳ לולב הגזול ע״ש וכן כ׳ הקצה״ח סי׳ ש״ג בדעת הרא״ש ע״ש (ופלא שלא הביא דברי הרמב״ן שסובר כן בפי׳) ולפ״ז הי׳ קשה לרש״י דאמאי לא פריך מגופה דאמאי פטור מד׳ וה׳ ולא רק לפי הס״ד קשה אלא גם לפי המסקנה וכמו שאבאר דלפי דעת רש״י דגבוה קני ולא גזלן א״כ בין אם יהי׳ כפי׳ הראשון של הרמב״ן דבעולה כשר הקרבן אלא לבעלים לא עלה ובין כפי׳ השני דלגמרי פסול משום מהב״ע מ״מ בחטאת שפסול לפי׳ הראשון ג״כ דהא שלא לבעלים פסיל וכן בעולה אי פסול לא קני גבוה כלל דהא אם יקנה גבוה מ״מ הקרבן פסול וכיון שכן למה יקנה גבוה הא קיי״ל כל דלית ליה כוותא להקדש לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט כמבואר בתוס׳ ור״ן קדושין דף כ״ה ע״ש וא״כ אם הקרבן פסול כשיקנה גבוה אזי הוי חולין גמורים דהגזלן הא לא קני והקדש ג״כ לא קני אי פסול. והוי חולין, וא״כ קשה גם לפי המסקנה ממ״נ אי בעולה הא כשר ומאי קמ״ל ואי בחטאת או אפי׳ בעולה אלא דפסול משום מהב״ע א״כ הא הוי חולין מה״ת וחייב בד׳ וה׳ ואיך אוקמוה ברשותו שיהי׳ הקדש ויפטור מד׳ וה׳ והרי חוטא נשכר ועוד דלא מצינו שיפטור משום דרבנן מד׳ וה׳ כמ״ש היש״ש פ׳ הגוזל ע״ש א״ו ע״כ דעולא סובר ייאוש כדי קני והוי של גזלן והקדש של מה״ת אלא להקרבה לא קני ופסול ופטור שפיר מד׳ וה׳ אפי׳ בלא העמדה ברשותו ולא העמידו ברשותו אלא לכרת ודו״ק כי זה נפלא בס״ד:

והנה בפלוגתא שבין רש״י ור״ת דר״ת סובר דלא הוי הקדש כלל אף שקנה ייאוש מ״מ למצוה הא לא קני לו וסובר ר״ת דהקדש הוי אתחלתא דמצוה דא״א להקרבה בלא הקדש תחילה ולכך כל שלא קני להקרבה גם הקדש לא הוי ורש״י סובר דבתר עיקר מצוה אזלינן ועיקר מצוה הא הקרבה אבל ההקדש לא הוי עדיין המצוה וכ״כ הריטב״א בסוכה דף ל״ה לענין הכל מצוה של גזל דלא הוי מהב״ע שכבר קנה בשינוי קודם גמר המצוה שהיא הנחת גרון ואכילת מעיו — ובמקים הלי׳ פסק כי לספוק ע״ש והיא הפלוגתא שבין רש״י ור״ת:

ועוד אני אומר דלפמ״ש דרש״י סובר ייאוש עם ש״ר ל״ק גזלן אלא גבוה א״כ למ״ד ייאוש ל״ק ליכא שום מהב״ע בקרבן דהא רש״י לשיטתו הוא סובר דלאחרים שלא גזלו לא הוי מהב״ע וכדמוכח לדידיה מסוגי׳ דאוורכי ועיין לקמן מ״ש דאפי׳ קודם ייאוש אם נתנו לאחר לא הוי לאחר מהב״ע כמבואר ברש״י בס״ע ומ״א ע״ש וא״כ אם גזלן לא קני אלא גבוה וגבוה הא הוי כאחר דלא גזל גבוה אלא גזלן גזל וכיון שכן לא מפסל משום מצוה הבא בעבירה דהא לא פסול אלא לגזלן עצמו אבל לאחר לא וגבוה כאחר וא״כ אי יאוש ל״ק ליכא לפרש דברי עולא משום מהב״ע כלל אלא כפי׳ הראשון של הרמב״ן. אלא ע״כ צ״ל דעולא סבר יאוש קני והוי שלו ופסול משום מהב״ע וזהו ג״כ ראיה לרש״י ור״ת דכיון דר״י יליף מוהבאתם גזול מהב״ע וא״כ עולא שהיה תלמידו ודאי שהוא ג״כ לזה נתכוין כשיליף יאוש ל״ק מוהבאתם דהיינו שלא קנה להקרבה ומשום מהב״ע ואי ס״ד יאוש ל״ק א״כ הא לאו של גזלן

כלל דבה"כ לא קני גזלן וה"ה לא קנה לרש"י בקדשי מזבח כשי' בעל המאור וא"כ ליכא כלל מהב"ע דהא קני גבוה והוי כאחר — והרמב"ן דפי' הם משום מהב"ע אף דהוא סובר לעולא יאוש ל"ק היינו משום דהרמב"ן לשיטתו הוא לא מחלק במהב"ע בין גזלן לאחר כאשר יתבאר לקמן אי"ה אבל רש"י לשיטתו א"א לומר כן אלא אי סברי עולא ור"י יאוש קני אבל אי לא קנה גם מהב"ע ליכא והכשר בעולה :

ועפ"ז נתיישב קו' התוס' שהקשו על פי' זו דא"כ מאי פריך אביי לרבה מקרבנו דלמא יאוש קונה אלא דמ"מ פסול משום מצוה הבאה בעבירה — וכ' הפ"י בב"ק לתרץ דהא הברייתא ממעט מקרבנו בו"ו ולא גזול דהוי אינו שלו ואי נימא יאוש קונה א"כ הוי שלו אלא דפסול ואיך ימועט מקרבנו ע"ש. דלענ"ד דבריו לע"ג דהא התוס' עצמם כתבו מזה במ"ש שם דהא אביי גופא איך יתרץ דהא אי יאוש ל"ק א"כ קשה פשיטא דהא אינו קדוש כלל א"ו משום דאיכא יאוש וש"ר וא"כ אמאי פסול ע"כ משום מצוה הבאה בעבירה וא"כ הוי ג"כ שלו אלא דפסול ומ"מ ממעט לי' מקרבנו וא"כ רבה נמי יתרץ כן, ועוד הא רש"י כ' בפי' דלא קני להקדשה ולאו קרבנו הוא וכן כי ר"ת כאשר יבוא לקמן עוד ול"ע על הפ"י — אבל לפמ"ש א"ש והוא אמת נכון דהנה רש"י פי' שם ד"ה ולא הגזול דלאו לרצון וכו' הפ"י דכוונתו דאף שהקרבן כשר מ"מ לא עלה לבעלים, והנה הוא פי' הרמב"ן שהבאתי לעיל פי' הראשון דגבוה קני, ולכאורה קשה הא לפי האמת אף יאוש ל"ק מ"מ איכא נמי ש"ר וקני והקרבן פסול ע"כ לגמרי וא"כ למה פרש"י כן שהקרבן כשר — אבל בא וראה שזה האמת כאשר כתבנו לעיל דלאביי דיאוש לא קני ליכא מהב"ע בקרבן כלל ולא סובר אביי כלל מהב"ע לפי רש"י וכמ"ש דכיון דלא קני גזלן אלא גבוה בש"ר וגבוה הוי כאחר ולא פסול משום מהב"ע כלל ואביי סובר כן משך ברייתא קרבנו ולא הגזול וא"כ ע"כ צריך לומר דהקרבן כשר אלא דלא הוי קרבנו דאי שהקרבן פסול א"כ גם קרבן לא קרינן ביה ואתה אומר דרק קרבנו לא הוי אבל קרבן כשר הוי והשתא ש"פ בשלמא לדידי דיאוש ל"ק הוי שפיר קרבן כשר בעולה דקני ליה גבוה אלא דלאו לרצון לו דלאו קרבנו אבל לדידך יאוש קונה אלא דפסול משום מצוה הבאה בעבירה אם כן אפי' קרבן כשר לא קרינן ביה ואתה אמרת רק קרבנו לא הוי והנה אמת ויציב — ואביי הולך באמת לשיטתו דהוא אינו סובר מהב"ע כלל דהא בהגוזל בתרא אמר אביי דרשב"י סובר שנוי לא קני מדאמר דאין זה מברך אלא מנאץ ורבא השיב לו דרשב"י סובר כן משום מהב"ע וקיצר רש"י דאביי חולק על רבא משום דחולק על מהב"ע וסובר כשמואל והיינו משום דהוא סובר יאוש אינו קונה וא"כ ליכא בקרבן מהב"ע אחר יאוש דהא קני גבוה לחוד וגזלן לא קנה ולאחר ליכא מהב"ע — ורבא סובר יאוש קונה כדאמר בב"ק דף כ"ו מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה לאחר יאוש וא"כ סובר יאוש קני ומש"ה סובר מהב"ע — והרמב"ן כי' דאביי ורבא בהא פליגי אם הוי מהב"ע אם קנה דאביי סובר דלא הוי מהב"ע כשקנה ורבא סובר דמ"מ הוי מצוה הבאה בעבירה ועיין לקמן עוד בזה :

עוד הקשו בתוס' על פי' רש"י ור"ת מהא דפריך ולקניניה בש"ה ומאי פריך הא עדיין הוי מהב"ע, ועלה בדעתי לתרץ דהאי קנין שנוי מקנין יאוש דאף דאם קנה ביאוש איכא מהב"ע מ"מ בשינוי לא דבשנוי כיון שנשתנה הוי כפנים חדשות ודבר אחר ותו לא מקום למצוה כמו דמהני שנוי באתנן למ"ד ש"ק והקשו בתוס' ב"ק שי' מה ענין ש"ק לאתנן ותי' דלמ"ד שנוי קונה הוי כמו דבר אחר שהוי כשתנה וא"כ כמו דמהני באתנן שאסרה התורה לקרבן כן נמי במהב"ע — ובזה יש ליישב קו' התוס' הא דמהני שנוי החוזר לברייתו הוא והקשו הא מדרבנן קונה אפי' החוזר וא"כ כשר אפי' מה"ת כדמהני במרים — ולפמ"ש א"ש דבאמת הא הוי מהב"ע ולא מהני קנין אלא דמהני קנין שנוי משום דהוי כדבר אחר והא תינח שנוי שאינו חוזר הוי ממש כדבר אחר אבל שינוי החוזר לא הוי כדבר אחר שהרי לא נשתנה ממש וא"כ אע"פ דמ"מ קונה לא מהני דהא הוי עדיין מהב"ע וזה נכון :

והמקשן דהקשה כן סמך עצמו על הקו' מש"ה שאינו חוזר. שוב מצאתי הערה זו כמו עליה הרמב"ן ז"ל במלחמות דל"ק משינוי ע"ש .

והא דהקשו תמיה לענ"ד דע"כ רש"י ור"ת סוברים דכל מצוה שאינה באה לרצות לא הוי בה מהב"ע פסול תורה דאל"ה הא קשה קו' התוס' ל"ל לך בסוכה דהא לפי' זו הוי מהב"ע דאו' כאשר נתבאר וכן קשה מטבל א"ו שהם סוברים דלא הוי דאו' כל שאינו לרצות, אבל מדרבנן יש בהם מהב"ע כדמוכח מעלה של טבל דאינו יוצא בה משום מהב"ע ואפי' בטבל מדרבנן — אבל בגזל סוברים דהא דאפי' אם קנה הוי מהב"ע לשיטתם היינו דוקא באותן שבא לרצות כקרבן ולולב אפי' ביום ב' אבל בסוכה כיון שכל מהב"ע אינה בה אלא מדרבנן, לא החמירו בה רבנן אלא כשלא קנה אף אם קנה ואינו חייב אלא דמים לא החמירו ויוצא בה כנ"ל .

והנה המהרש"א תי' דאף דאי יאוש קונה איכא מהב"ע מ"מ אם קנה אחר יאוש עוד בקנין שינוי תו ליכא ולא גזולים הם עיין בלשונו הטהור — וכוונתו דבשלמא ביאוש אף שקנה מ"מ אותו הקנין היה בעבירה דהוי כשקנה ביטל מ"ע של והשיב בענין כדפריך בתמורה דלמאי מהני שינוי הא עשה עבירה ופי' עתה כשקנה אותה ועיין בנתיבות, וקושיי' הכי פירו' דכל שקנה בעבירי' מקום הוא למצוה והא תינח ביאוש לחודא משום שהקנין הי' בעבירה אבל הקנין שינוי שאחר היאוש נעשה שלא בעבירה דהא אחר יאוש ליתא בהשבה דהא קנה הבעין ואינו חייב אלא דמים ומש"ה מהני השנוי שאחריה גם למצוה. — ובטעה"מ האריך במהרש"א זה ולא דק בו כל הצורך בהבנה. — והנה לכאו' יש לראות מה מהני קנין השינוי שאחר יאוש אי יאוש כדי קונה הא אין קנין של על קנין הא כבר שלו הוא ועיין קצה"ח סי' ש"ו ס"ק .

אמנם עתה נבאר עיקר שיט' רש"י ור"ת ונבנה על דרך אמת הנה ר"ת כ' בפי' שלא קנה לקרבן וכן רש"י ז"ל כמי בגיטין לא קנה להקדשה ואפי' שמענו שנתייאשו הבעלים לא קרינן בזה קרבנו עכ"ל ולכאו' יפלא למה הסבו לשונם שהשור ולמה לא כתבו פשוט דאף דיאוש קונה והוי שלו מ"מ פסול משום שהוא מהב"ע. אולם נראה שלדקו מאד דהא עולא באמת אמר כן ייאוש כדי לא קנה וכן בב"ק אמר עולא מנין לייאוש שאינו קונה וכן הקשו הראשונים על ר"ת דאי קנה אלא פסול משום מהב"ע א"כ למה אמר אינו קונה ולכך פרש"י ור"ת דבאמת לא קני להקדשה והיינו טעמא דאף דייאוש קונה אמרה תורה דלהקדשה שהוא עלוי לא קני ובזה ניחא שנראה דלכאורה הוי נגד הסברא שאם קנה והוי שלו ואינו חייב אלא דמים אם כן ליכא עתה עבירה על הקרבת הקרבן או נטילת הלולב דהא שלו הוא לכל מילי וא"כ למה יפסול משום מהב"ע, אבל לפ"ז ניחא דכיון דהקב"ה שונא גזל ומהב"ע עכ"פ כשעושה עברה בהדי מצוה פסול מה"ת אלא שזה רוצה לקנות את הגזל וכשיקנה תו לא יהי' א"כ המצוה בעבירה וכיון שהקנין גופה בעבירה אמרה התורה בקרא דוהבאתם גזול דלא מהני לו אותו קנין ולא הוי שלו לענין הקדשה כלל ומש"ה אמר כמי עולא ייאוש לא קני ול"ה שהוא פסול וכדי להראות הסברא דמש"ה פסול אף שקנה ואינו חייב אלא דמים משום דלמצוה לא קנה ולאו שלו אף שקנה לכל מילי והוי דידיה מ"מ לאו דידיה למצוה ולקרבן. ומש"ה אר"י דאפי' ביום ב' פסול הלולב ואף דביום ב' לא איכפת במה שאינו שלו דהא לא בעינן לכם מ"מ כיון שלא קנה למצוה ולא מהני לו הקנין א"כ הוי בקודם הקנין והוי גזל בידו כמקדם וכלא נעשה הקנוי או הייאוש ובעבירה הוי נוטל את הלולב בעבירת גזל דהא לא קני למצוה ודו"ק בכ"ז כי זה ברור :

ועתה בא המהרש"א ותידק לן לדעת רש"י דהא דלא מהני לו הקנין ה"ט משום שאותו הקנין עצמו נעשה בעבירה דהא ביטל המ"ע של והשיב בקנין זה ומש"ה לא מהני וכדאמר רבא כל מילתא דרי' לא מהני ואף שגילה קרא אחר גזל דמהני השינוי מ"מ אתו קרא דוהבאתם גזול לומר דלא אמרתי לך דמהני אלא למילי דעלמא אבל למצוה הדרינן לסברא דכל מילתא ולא מהני. — אבל בשנוי שאחר ייאוש קנה גם למצוה דהקנין זה נעשה שלא בעבירה דהא הייאוש כבר ביטל את המ"ע של והשיב ואין זה קנין על קנין דהא לא קנה הייאוש לגמרי דקנה ושייך לענין מצוה ובא הקנין השינוי וקני מה ששייך הייאוש בקנינו. והתוס' לא כתבו לסברא זו כשהקשו על רש"י קו' זו שהם סוברים דלא משום שקנה עתה בעבירה ועשה הקנין גופא בעבירה פוסל רש"י ור"ת אלא משום שהוא גזל בידו עד שלא נתן הדמים ואף שקנה השתא ומש"ה הקשו. — והא ראיה דגם התוספ' שהקשו התוס' מלולב של אשירה וביארנו לעיל דהקו' הוא רק לפי' ר"ת דלפי' רש"י לק"מ דהא אינו עובר עתה שום עבירה בנטילת הלולב למצוה דמצוה לאו להנות ולפי' ר"ת קשה כיון שנעבד בו עבירה וכמו גזל אחר שקנה' — וגם קו' זו לק"מ לפמ"ש בכוונת מהרש"א ולפמ"ש רש"י ור"ת דאף דייאוש קונה מ"מ למצוה לא קני לו הייאוש ולא השינוי וכיון שלא קנה א"כ עדיין הוא משתמש בגזל שאינו שלו כשעושה המצוה דלמצוה לא קני הייאוש כלל משא"כ של אשירה הא אינו עושה עתה שום עבירה. — אבל התוס' שהקשו על רש"י מהא דפריך ולקניניה בש"ה ולא חילקו כמהרש"א ע"כ סוברים כמ"ש בדעת רש"י ור"ת ומש"ה הקשו ג"כ קו' מאשירה:

אבל מה שיש לי להקשות על המהרש"א הי' דסברתו לא שייך אלא אי ייאוש קונה וכמ"ש רש"י באמת לר"ה דא"כ ייאוש קונה הוי מהב"ע ועפ"ז שייך שפיר לחלק אם קנה עוד בשינוי אחר ייאוש וכמ"ש אבל מנ"ל לגמ' להקשות דלקניניה בש"ה דילמא סובר ר"ה יאוש ל"ק וסובר כמי מהב"ע וא"כ אי ייאוש ל"ק לא מהני כמי מה שקונה אח"כ בשינוי דכיון דל"ק לו הייאוש א"כ עדיין הקנין שינוי הוי בעבירה ופסול ול"ע לכאו'. — ולפמ"ש לעיל דלרש"י דלאחרים לא הוי מהב"ע לא משכחת למ"ד ייאוש ל"ק מהב"ע כלל דאי ייאוש ל"ק אלא עם ש"ר הייני שהאחר קנה וכן גבי גבוה גבוה קני א"כ הוי הוי גבוה כאחר ולא מיפסל משום מהב"ע ולפ"ז א"ש דאי סובר ר"ה ייאוש ל"ק ליכא מהב"ע דכיון דלא משכחת לה בקרבן א"כ מנ"ל לפסול. ולכך כי רש"י א"כ ייאוש קני הוי מהב"ע דוקא אם יאוש קנה. ומיהו בלא"ה א"ש דהא דסובר הך שיטה אפי' קנה הוי מהב"ע היינו למ"ד ייאוש קונה אבל הא ודאי דלמ"ד ייאוש ל"ק לא מוכח מקרא אלא היכא דלא[ ]קני וכש"י הכי וא"כ פריך ממנ"ם ולקניניה

אי

אי סובר יאוש לא"ק א"כ לא מוכח דהיכי דקני הוי מהב"ע ומהיכי תיתי לפסול ואי סובר יאוש קנה דאז מוכח מקרא שפיר קנה הוי מהב"ע א"כ הא איכא יאוש ואח"כ שינוי והשינוי שלא בעבירה ולא הוי מהב"ע וזה נכון. ועי"ש שכתב מהרש"א יש לתרץ קו' התוס' שהקשו אמאי לא פריך אמתני' לולב הגזול דמשמע גזל כף של תמרים ולקנינהו בש"מ וש"ה ולפמ"ש בדעת מהרש"א א"ש דמתני' הא בא השנוי קודם יאוש אף שנתייאש אח"כ מ"מ הא בא השנוי קודם וא"כ מה נהני היאוש שאח"כ בשלמא יאוש ואחר כך שינוי בא השנוי וקנה לו למצוה משום שהשינוי בהיתרא ולא בעבירה אבל אם השינוי קודם א"כ לא מהני יאוש כלום דהא קני לו השינוי ולא הוי של נגזל כלל ובין למ"ד יאוש מטעם הפקר בין מטעם מכח לגזלן כמ"ש התוס' לא מהני יאוש בדבר שאינו שלו כלל דהיזק שנשתייר בקנין למצוה הוי כקנין איסור דלא מלי להקנות כלל כמבואר בגיטין גבי המפקיר עבדו ומת ע"ש בהש"ס וזה נכון — ושינוי שאחר יאוש שאני שנקנה ממילא ולא בעי מקנה וקונה ודו"ק:

ועתה נשובה ונראה דעת הר"מ מה היא — הנה נתבאר לעיל דהר"מ סובר דין מהב"ע היכא דהמצוה מסייע לו לעבירה כגון לולב ביום א' ושכן מודה כמי שמואל — ואמנם מצאתי קשיה בזה דהר"מ פוסק בפ"ה מא"ת כרב יהודה דאחר יאוש כשר הקרבן מה"ת ומכפרת וא"כ הוא מכשיר אפי' בקרבן וצ"ל לחלק ולומר דהר"מ סובר דבהקדש אין הקרבת הקרבן שהוא המצוה מסייע לו לקנין כלל אלא ההקדש וההקדש אינה עיקר המצוה שלא התחלתה אבל עיקר המצוה היא ההקרבה והוא כבר קנה אותה בהקדש דנעשה ש"ג ולא דמי ללולב שקדושת המצוה עצמה דהיינו נטילתו למצוה הוא ההקדש דהזמנה לאו מילתא משא"כ בהקדש שקנה קודם הקרבה וכן כ' הריטב"א בסוכה דף ל"ה ד"ה אלא דבמצוה של גזל לא משכחת מהב"ע דמכי לעיסה קנאה והמצוה לא הוי אלא בשעת הנאת גרונו ומעיו ע"ש וא"כ אף דא"א לגרון ומעיו בלי לעיסה מ"מ הוי קנין קודם עיקר המצוה וכן כאן, והא ראיה דהקדש לא הוי המצוה עדיין דהא לרש"י הוי הקדש אף דלהקרבה לא קני והיינו משום דעיקר המצוה הוי ההקרבה לא ההקדש ואף דהר"ת אינו סובר כן דהוא סובר שגם ההקדש הוי המצוה אבל הר"מ לא סובר כן. ואמנם כ"ז הוא לדינא דאו' אבל מדרבנן פוסל הר"מ מהב"ע אפי' היכא דלא מסייע עיקר המצו' כלל וכגון אכל מצה של טבל או מצה גזולה דאף להריטב"א שהבאתי יצא כיון דלעסה קודם שקיים עיקר המצוה דהיינו הבליעה מ"מ הר"מ אינו סובר כן אלא כיון שעשה עכ"פ עבירה בשעת לעיסה והיא לצורך האכילה לא יצא עכ"פ מדרבנן ושכן פסק במצה גזולה לא יצא והיא מדרבנן, אבל אם קנה קודם לכן ע"י שנוי מעשה יצא אפי' מדרבנן וכמ"ש המ"מ שם והא דפסק הר"מ בלולב ביום ב' כשר אף במקדש ע"ז צריך לתרץ כמו שתירץ הלח"מ דשאני לולב ביום ב' שכשר בו כמה פסולים גם מהב"ע הכשירו בו ע"ש וע"כ צריך לתרץ כן כדי שלא תקשה ממצה של גזל וכן מצאתי בשמחת יו"ט שכ' כן ע"ש:

והנה ז"ל הר"מ בפ"ה מא"ת הגוזל כו' הקרבן פסול והקב"ה שונאו שנאמר שונא גזל בעולה וצ"ל שאינו מתקבל ואם נתייאשו הבעלי' כשר כו' עכ"ל וזהו ממש כרב יהודה ובפי"ח ממע"ק כ' גנב והקדיש ואח"כ שחט בחוץ חייב ומאימתי העמידה ברשותו לא"כ משעה שהקדישה והוא ששחטה אחר יאוש אבל לפני יאוש אינה קדושה ע"כ וזהו כעולא דלר"י הכי כשר מה"ת וא"ל להעמידה ברשותו וכן כ' עוד פ"ב מגז' גנב והקדיש וטבח אחר שנתייאשו הבעלים ה"ה ברשות גזלן משעה כו' עכ"ל ועיין כ"מ ולח"מ שכתבו לפרשו ולא מצאו האמת: עוד הקשו עליו הא לפי מה שסובר הר"מ דלאחר יאוש שבאה של גזלן משום תקנת השבים א"כ אמאי כ' כאן משעת הקדש ועיין כפות תמרים והראב"ד לא השיגו בקו' זו ולא בשום קו' מהקושי' — והנה תחילה אני תמיה על נושאי כליו של הר"מ ז"ל שלא הזכירו קו' אחת על הר"מ שהוא מוקי לקרא של שונא גזל בעולה לפני יאוש והוא תמוה מאוד לפני יאוש ל"ל קרא כדפריך אביי גנבה הא אינו קדוש וביותר אמר כתנאי ועוד שכ' הר"מ שהקרבן פסול מה הקרבן פסול יש כאן לפני יאוש הוי חולין בעזרה וזהו קושי' גדולה:

ואמנם נראה דהר"מ לשיטתו הוא סובר יאוש וש"ר קונה בין שהי' ש"ר אחר יאוש ובין קודם וא"כ כן נמי בהקדש נמי מהני ונעשה הקדש בין אם הקדיש לפני יאוש בין אחר יאוש ואם הקדיש לפני יאוש ונתייאשו הבעלים נעשה הקדש מלמפרע דהא הגזלן קנה ביאוש וש"ר כמו במכירה, והר"מ מוקי לקרא של שונא גזל לפני יאוש ואח"כ נתייאשו דההקדש חל אלא דהקרבן פסול ואם הקדיש אחר יאוש כשר, והחילוק בין הקדיש קודם יאוש ונתייאשו ובין הקדיש לאחר יאוש לענין מהב"ע הוא פשוט דבהקדש לאחר יאוש בא ליד הקדש בהתירא דהא נתייאשו ואף דמ"מ אסור לקנות מן הגנב אפי' אחר יאוש היינו משום שהוא מסייע לו אבל עכ"פ הלוקח מן הגזלן אחר יאוש אין הלוקח גזלן דהא קיי"ל לאחר יאוש ובא הנגזל אינו גובה מן הלוקח, אבל לפני יאוש סובר הר"מ דהוי הלוקח גופא גזלן ואם בא הנגזל רצה מזה גובה רצה מזה גובה וא"כ כן נמי כשהקדיש לפני יאוש הרי ההקדש גופה גוזל ואמר הקב"ה אני שונא גזל בעולה ופי' הר"מ שהקב"ה שונא גזל מה שהוא דהיינו הקדש עצמו גוזל דאף שנתייאשו אח"כ וקנה ההקדש מ"מ שונאו הקב"ה דהא הוא כביכול גזל משא"כ אחר יאוש לא הוא ההקדש גזל וכשר — ואחר שבאנו לידי מדה זו ניחא מה דלא פסק הר"מ כעולא אף דבדין יאוש פוסק גם הר"מ יאוש לא"ק כעולא אם נאמר דעולא סובר לא קנה מ"מ בדין של מהב"ע לא פסק כן והטעם דעולא שהוא תלמידו של ר"י ור"י סובר לפי אוקימתא דשגזל בהמה דווקא יאוש ואח"כ ש"ר אבל ש"ר קודם לא קנה וא"כ הוא ע"כ מוקי לקרא של שונא גזל אחר יאוש דקודם יאוש ל"ל קרא הא לא קדוש כלל והר"מ לא סובר ולא גרס קרא דוהבאתם גזול למהב"ע כמו שהביא הרמב"ן ג"כ גירסא זו אלא קרא של אני ד' שונא גזל, אבל הר"מ הא סובר ש"ר ואח"כ יאוש ג"כ מהני א"כ הוא מוקי לקרא לפני יאוש ומפרש ליה אני שונא גזל כשההקדש גזל דיותר מסתבר לפסול וכמ"ש — ועפ"ז אבאר תחילה פסקי הר"מ כולם ואח"כ אבאר הסוגי' לפי שיטתי כי ממנה נקח לו הדין שלו דהנה כאשר אמרנו א"כ אף לר"י דאחר יאוש כשר מ"מ יש מהב"ע וקרבן פסול כשהקדיש לפני יאוש ובא היאוש אחר ההקדש וא"כ ודאי כמו דלעולא שהקרבן פסול אחר יאוש מה"ת ומ"מ אוקמוה רבנן ברשותו אם שחט בחוץ כדי לחייבו כרת כן נמי לר"י בקרבן פסול שלו דהיינו לפני יאוש ונתייאשו אח"כ קודם ששחט בחוץ אמרי' ג"כ דאף שהקרבן פסול מה"ת והי' פטור מ"מ אוקמוה רבנן ברשותו כדי לחייבו כרת דאטו לא כמו דלעולא בפסול דידיה כן נמי לר"י בפסול דידיה דבזה לא פליגי וזה דינו של הר"מ דאחר שכ' בפ"ה מא"ת דלפני יאוש ומיירי שאחר שהקדיש נתייאשו שהקרבן פסול כ' אח"כ בפי"ח ממע"ק גנב והקדיש ואח"כ שחט בחוץ ח"כ והוא ששחטה אחר יאוש ודקדק בלשונו לכתוב ששחטה אחר יאוש ולא כשהקדישה אחר יאוש דאי הקדיש אחר יאוש א"כ הא הקרבן כשר לפי דעתו ולא צריך להעמדה ברשותו אבל מיירי שהקדיש לפני יאוש אלא ששחטה אחר יאוש דנעשה הקדש ביאוש ומ"מ הקרבן פסול מה"ת ועי"ז כתב שהעמידה ברשותו וכו' כדי לחייבו כרת ודקדק הכ"מ שם למה כ' כ"מ זו ובלח"מ תי' דלא כי זאת לכ"מ וע"ש דמ"מ לא עלה יפה דשפת יתר היא שכ' הר"מ כדי לח"כ, אבל לפמ"ש א"ש דכונת הר"מ להורות לנו דלא מקרבן כשר מיירי אלא מקרבן פסול ולא כמ"ש התוס' לעולא דהעמידו ברשותו כדי שיהי' הקרבן כשר וממילא ח"כ אלא הר"מ מקרבן פסול מיירי ולא העמידו ברשותו אלא אם שחט בחוץ וכדי לח"כ והיינו כשהקדיש לפני יאוש ונתייאשו אחר שהקדיש ואח"כ טבח וכן כ' בפ"ב מגז' גנב והקדיש וטבח אחר יאוש ואי כמו שהבינו נושאי כליו הי' לו לכתוב גנב והקדיש אחר יאוש וטבח אלא ודאי מיירי שהקדיש קודם יאוש רק הטביחה היתה אחר יאוש וכמ"ש שם דאילו טבח לפני יאוש ה"ה חולין, וא"כ לפ"ז שפיר פסק הר"מ שאוקמוה ברשותו כדי לחייבו כרת ורק משעת הקדש לא משעת גניבה אבל יאוש לא הי' קודם הקדש שאם הי' יאוש הרי כל שבח של גיזות ואולדות של גזלן משעת יאוש ולכן לא השיגו הראב"ד בקו' זו אלא בקו' של שינוי ע"ש וזהו הפסק של הר"מ ז"ל: והשתא נבאר הסוגי' שממנה הוציא לו הר"מ כ"ז ונאמר דהר"מ ג"כ לא ס"ל כפי' התוס' שפי' דהעמידה ברשותו שיהי' כשר בפנים וממילא ח"כ דלא משמע כן לשון הגמ' כמ"ש לעיל ע"ש אלא סובר בפי' הסוגי' דהגמ' סוברת דע"כ מקרבן פסול מיירי התנא דאי בקרבן כשר מאי קמ"ל וכמ"ש לעיל א"ו בפסול ופריך בשלמא לר"י פסול מדרבנן בנודעה וקמ"ל דמ"מ ח"כ אבל לעולא הא פסול מה"ת ועי"ז אמר ח"כ מדבריהם ואינו עליו ושפיר אינו כמ"ש לעיל דכיון דבאמת הקרבן פסול א"כ מה כרת יש כאן ועי"ז אמר העמידו ברשותו אם שחט בחוץ ולומר שאם הי' שחטה בפנים הי' כשר אף שבאמת אם שחט בפנים פסול מה"ת מ"מ אם שחט בחוץ העמידוה ברשותו וכדי לח"כ ולקנסו ועי"ז בעי רבא מאימתי והי' קשה להר"מ מאי בעי רבא הא לעולא מיירי אחר יאוש וא"כ משעת יאוש הא הוי של גזלן א"ו רבא לא אליבא דעולא קא מבעי ליה אלא הוא סובר ש"ר ואח"כ יאוש נמי קנה וסובר כר"י דאחר יאוש באמת כשר אבל מכל מקום לפני יאוש וטבח אחר יאוש ג"כ העמידוה ברשותו כמו לעולא ועי"ז קבעי אי משעת גניבה כדי שלא יהי' גנב כלל או משעת הקדש ומסיק משעת הקדש שלא יהי' חוטא נשכר וא"כ מוכח כל הדין של הר"מ וכן מוכח נמי ש"ר ואח"כ נמי קנה ואם הקדיש אחר יאוש כשר מה"ת ולא"ל להעמדה ברשותו דח"כ מה"ת בין נודעה בין לא נודעה ורק לפני יאוש צריך להעמדה ברשותו לחייבו כרת — וכ"ז אמת וברור ומקום הניחו לו מה"ש, היוצא לנו לדינא כיון דרוב הפוסקים פסקו כר"י דכל היכא דהמצוה מסייעה לעבירה הוי מהב"ע דאו' והיכא דאין המצוה מסייע הוי דרבנן. ועפ"ז נראה ליישב מה שהקשה בריט"ב אנגלאזי פי' יש בכור על הירושלמי דבנו ממזר קיים פ"ו וקשה הא הוי מהב"ע והביא שם בשם הרדב"ז דלא יצא בבן ממזר דהוי ממזר וכו' הריט"ב שם דלפי דעת הרדב"ז הא דספרי דמרבה מכי תהיין גם ח"כ לבנו לנחלה ע"כ מיירי באונס בא על ח"כ, ומאז תמהתי על הדברים דא"כ אפי' בנו מח"ל נמי או אפי' מחייבי עשה דהא סוף הבן בא מביאת עבירה ומ"ל ח"כ מ"ל או ח"ע דאפי' אין הבן ממזר מ"מ הוי מהב"ע וא"כ כל עיקר הדרש שדרשינן בגמ' שנואה בח"ל לא מתוקמא אלא באונס וזה לע"ג ועיין בסוף. אבל בעיקר הקו' נלע"ד דלפי המבואר היכא דאין המצוה מסייע הוי רק דרבנן וא"כ הא אין המצוה שהוא הבן מסייע לעבירה דאפי' אי לא נולד ולד מביאה זו באופן שלא קיים המצוה מ"מ עבר העבירה וכיון דלא הוי רק דרבנן א"כ מה"ת קיים

המלוה ויש בזה כ"מ אם חייב מה"ת במלוה זו או רק מדרבנן בש"ע אה"ע סי' א' ע"ש — ועוד נראה דכיון דלכאורה תלי' בהא אי קיים פ"ו וא"כ כיון דמה"ת קיים והוי בנו לנחלה אם יאמרו שלא קיים פ"ו א"כ יפסידו את הבן שלא חטא מנחלתו וכיון שכן גם המלוה קיים אפי' מדרבנן ודו"ק:

דין ב.

אי שייך בגזל נכרי מהב"ע.

הנה לכאו' לפי הסברא הפשוטה למ"ד גזל נכרי אסור מה"ת וכן קיי"ל הוי מהב"ע אי גזל לולב מנכרי ועוד אפי' אם נאמר גזל גוי רק מדרבנן כמו שכ' רש"י בסנהדרין דאפי' למ"ד גזל גוי אסור אינו אלא דרבנן ומשום חילול השם וכן הביא הש"ך חו"מ בשמו מ"מ הוי מהב"ע דבאי' דרבנן נמי הוי מהב"ע כדאיתא במלה מטבל טבול מדרבנן, אבל במ"א תרל"ז כולם לסוכות מרש"י שכ' אהא דר"ה הגוזלי ארמאי ושמא מישראל דבגזל גוי אף שאסור מ"מ לית בי' משום מהב"ע ולא פי' לנו שום טעם לזה דאי גזל גוי אסור מה"ת מאי לא הוי מהב"ע, ובמשנ"ק כ' דרש"י לשיטתו דגזל גוי לא הוי אלא דרבנן ע"ש ולא נראה כמ"ש — והי' אפשר לומר דבגזל גוי אף שאסור מה"ת מ"מ מצות השבה כמו שהיא בעין לא שייך גבה דלא כתיב והשיב וכן כתבו הרבנים אחרונים וא"כ לפ"ז אפשר דלא הוי מהב"ע, אך גם זה לא יתכן אלא לדעת הר"י דכל שקנה ותו לא עבר עבירה בשעת מצוה לא הוי מהב"ע אבל רש"י לשיטתו דאפי' קנה מאום למצוה א"א לומר כן דלא טוב גזל גוי מגזל ישראל היכי שכבר קנה בשינוי אי יאוש — והרמב"ן ז"ל במלחמות כתב כי' דהא דר"ה מיירי בגזל מגוי דמשום מהב"ע ליכא ורק לכם לא הוי ובשעה"מ הניחו באמת בצ"ע דהא ר"ה לשיטתו סובר גזל גוי אסור מה"ת:

אבל שוב מצאתי בריטב"א שכ' וז"ל שם ד"ה ופרכינן וכ"ת לא חזי למזבן מינייהו לכתחלה כל היכא דלא קנה הא ליתא דמספיקא הוא ועוד דמסתמא מגוים גזלי וגזל גוי כה"ג לכ"ע שרי עכ"ל — וכוונתו בתי' השני דספיקא הוא ואף שספק גזל ישראל מ"מ הא שאסור ליקח אחר יאוש לא הוי אלא אי' דרבנן ומה"ת מותר אף אי יאוש נ"ק דהא מ"מ לא הוי גזלן כמבואר ר"פ הגוזל בתרא וא"כ הוי רק ספיקא דרבנן ולקולא — אלא דמ"מ קשה לי על תי' זה דהא איירי על הלוקחים מהם אבל מ"מ מאי פריך איך יתיר ר"ה לאוונכרי שהם ישראלים לגזוז ויגזלו הם ספק גזל ישראל שהוא ספק דאו' ולתי' השני של הריטב"א גם זה ניחא אבל לתי' הראשון וכן קשה באמת להרש"י שמא קרקע של ישראל הוא וא"כ הם גוזלים ומאי פריך לגזזו אוונכרי, ועי"כ נראה דל"ק דמשה דאמר ר"ה כדי שיהי' יאוש בידייהו וש"ר בידייכו ממשמע בדיבור הרולה לפסול אפי' בדיעבד אם גזזו האוונכרי דאי משום לכתחילה ושלא יהיו הם גוזלים לא הוצרך לומר אלא לגזזו אינהו שלא תהא אתם גוזלים א"ו בדיעבד קאמר ואהא פריך דבדיעבד אכתי יוצאים כשגזזו אוונכרי דהוי ש"ר בידייכו ולק"מ אלא דא"כ גם קו' הריטב"א לק"מ איך מותר למזבן מינייהו דודאי אסור אלא דמ"מ בדיעבד שפיר דמי ויפה פריך ובאמת קשה לכאורה למה הקשה הריטב"א על הלוקחים מלכתחילה ולא הקשה על הלכתחילה של האוונכרי שגוזלים — אבל אחר עיון קלת נראה שהשכיל להקשות דלפי טעם הראשון של רש"י בדר"ה דכל הדין שלו הוי משום לכם וביום ראשון ומש"ה שצריך יאוש וש"ר ודאי לק"מ לא מה שהקשיתי מאיסור של גזילת אוונכרי ולא קו' הריטב"א מאיסור הלוקחים דקו' הגמ' היתה על הדיעבד דעכ"פ בדיעבד יהי' כשר ור"ה אפי' דיעבד אמר דפסול אבל לפי טעם השני של רש"י דא"כ יאוש קני הוי מהב"ע וא"כ לפ"ז אר"ה כדי שיהי' ש"ר בידייכי דהיינו שלא תהי' אתם עושים העבירה דלאחרים שאינם הגוזלים מותר וא"כ שפיר הקשה הריטב"א דאף שלא יהיו הלוקחים גוזלים מ"מ הא הם עושים ג"כ עבירה במה דזבני מן הגזלן קודם שקנה הגזלן וא"כ הא אפי' בדיעבד אין הלוקח יוצא שהרי עשה עבירה והוי מהב"ע — בשלמא קו' שהקשיתי ל"ק איך יגזלו האוונכרי דקאי על דיעבד ובדיעבד אנו יוצאים אף שגזל הישראל דלאחרים שלא גזלו לא הוי מהב"ע אבל קו' הריטב"א קשה וזה ברור בכוונתו וא"כ קו' זו ל"ק אלא לפי רש"י אבל לפי הר"י לק"מ דהכי על הדיעבד ל"ק דאף שעושה הלוקח עבירה מ"מ כל שקנה קודם המצוה תו לא הוי מהב"ע ועל הלכתחילה ל"ק כמ"ש ודו"ק — ובתי' השני כוונת הריטב"א דגזל גוי כה"ג לכ"ע שרי וה"ט משום שהוא אחר יאוש ואף דייאוש ל"ק מ"מ לא אסרה התורה גזל גוי אלא קודם יאוש אבל אחר יאוש לא — או אפשר משום דבגוונא דליכא חילול השם שהרי הישראל קנה בדמיו מן הנכרי זה והנכרי הא גזל לא אסרה התורה וסוף כל סוף הרי כ' הריטב"א דבגזל גוי כה"ג דייקא שרי וא"כ אין מהא דר"ה שום ראי' לומר דבגזל גוי באופן שאסרי' התורה ליכא משום מהב"ע וכ"כ בדיבור שזהו ג"כ כוונת הרמב"ן באמרו דמיירי בגזל גוי דליכ' משום מהב"ע כמ"ש הריטב"א דהיינו בכה"ג, ומדברי הריטב"א מוכח דאפי' בגזל נכרי איכא משום מהב"ע דלפי מה שהוכחתי ע"כ לא היתה קו' הריטב"א אלא על מהב"ע וכמש"ל וכיון שכ' דבגזל גוי כה"ג דייקא משמע אבל גזל גוי שאסור לגזול הוי מצוה הבאה בעבירה ודו"ק בכ"ז:

והנה ראיתי בש"א סי' ל"ו שכ' על קו' התוס' דל"ל לך בסוכה תיפוק לי' משום מהב"ע וכ' שצריך קרא שאם גזל סוכה מנכרי ולמד כן מדברי הרמב"ן דבגזל גוי ליכא משום מהב"ע אלא משום לכם ע"ש ודבריו לע"ג דאי גזל גוי אסור למה לא יהי' מהב"ע וכוונת הרמב"ן בגזל גוי כה"ג דאיירי ר"ה דשרי לכ"ע וכמ"ש הריטב"א וגם אין לומר וליישב קו' התוס' שצריך קרא בכה"ג דר"ה דשרי גזל גוי אלא דלא הוי לכם זהו א"א לאמרו כלל — דבשלמא בלולב דשאול פסול ובעינן לכם כדי שיהי' שלו א"ש הרמב"ן והס' יראים דאף אי גזל נכרי מותר מ"מ לכם לא הוי דהא א"א לקנות דבר שאינו שלו להיות שלו בלי רצון הבעלים ואף שהתירה התורה היינו שהתורה התירה לאכול וליטול את של נכרי אף שאינו שלו אבל להיות שלו א"א — וזהו טעם של הרמב"ן ברור ולא כהסבר השעה"מ — והא חינם בלולב אבל בסוכה שהשאול כשר וא"כ א"צ לכם והתורה שכתבה לך ע"כ לא אסרה התורה אלא באופן שיש בה איסור ועבירה בהגזל דאי אין בה עבירה א"כ ה"ה כשאול וא"כ כשמוקי לה בש"א בגזל גוי ובאופן דמותר משום גזל גם משום לך א"א דאסרה התורה ושפיר הקשו התוס' ודברי ש"א לע"ג:

באופן לפי מה שנתבאר נראה דהא אי הוי בגזל נכרי מהב"ע או לא תלי בהכי תרי שי' דלרש"י ור"ת הוי גם בגזל גוי מהב"ע דאף שא"צ להשיבה בעין והוי כקנה מ"מ יש בה עבירה ופסול למצוה בין לולב אפי' ביום ב' ובין סוכה הגזולה דהיינו שגזל הסכך — ולשי' הר"י אין בגזל נכרי משום מהב"ע דהא אם קנה בגזל ישראל כשר למצוה וא"כ בנכרי אף אם לא קנה בשינוי הוי כקנה דהא אין צריך להשיב בעין ואינו עובר שום עבירה בהשמים זה שנוטל הלולב וביום שני יוצא בו אבל ביום א' לא דעכ"פ לא הוי לכם דאף שא"צ להשיב וליכא עבירה מ"מ לכם לא הוי וכדברי הס' יראים והרמב"ן — ובסוכה גזולה מן הנכרי ג"כ כשרה להר"י דהא קני ולא גרע מלולב הגזול דלהר"י כשר אם קנה אפי' ביום ראשון ואף דגזל נכרי בלא שינוי או יאוש לא הוי לכם מ"מ לא אסרה התורה סוכה גזולה אלא היכא שיש בה עתה עבירה בהשמים כגון שגזל מישראל אבל גזל נכרי אף שעשה עבירה בשעת גזילה מ"מ עתה ליכא עבירה דא"צ להשיבה והוי כשאול דאינו לכם וכשר וכ"ז ברור ולענין ברכה יתבאר לקמן אם יברך השם:

והנה כתבתי דלרש"י הוי גזל גוי מהב"ע אבל בגוונא דמיירי ר"ה לא הוי מהב"ע כמ"ש הרמב"ן והריטב"א — אבל מ"מ נ"ל דאין מרש"י שום ראי' ומה שדקדק המהרש"א ושאר המפרשים למה כ' רש"י מישראל כנלע"ד דמטעם אחר כ' רש"י כן והוא לשיטתו אזיל ושפיר כ' דרש"י סובר בעירובין דף ס"ב דנכרי אם גזל קנה הגזילה בקלבד"ע ע"ש שהקשו התוס' הא בעין לא קנה בקלבד"ע ע"ש ורש"י אזיל גם שם לשיטתו שהוא סובר בסנהדרין כשיטת בעל המאור דאפי' בעין קונה מה"ת רק מדרבנן צריך להשיב כאשר הוכחתי לעיל כלל ה' דין ב' וג' ע"ש וא"כ מש"ה סובר רש"י דדוקא לישראל חייב להשיב מדרבנן אבל לנכרי הא לא תקינו לו רבנן וקנה מה"ת וא"צ להשיב אפי' בעין כלל וא"כ כיון שכאן הא הנכרי גוזל כשחוטף את השדה דאף דכבר עבר על לא תגזול כשגזל את הקרקע מ"מ הא לא קנה אותה דקרקע אינה נגזלת לקנין וכל היכא דאיתא ברשותו דמרה איתא וא"כ עתה כשגוזל את השדה עובר פעם אחרת על לא תגזול וכדאמר רבה ב"מ דף מ"ג ע"ש ומכש"כ כאן ודאי דעובר וגוזל עתה כשחוטף את השדה ושפיר קשה לרש"י דא"כ ל"ל לר"ה לומר כדי שיהי' יאוש וש"ר הא אפי' בלא יאוש וש"ר נמי כיון שהנכרי גוזל הא קנה אותה לגמרי ובדמים קנינהו והוי שלו ומותר לישראל א"כ ליקח ממנו בלי שום פקפוק ועבירה כלל א"ו דר"ה איירי לשמא גזל קרקע של ישראל ולישראל אף שגזל וקנה מה"ת מ"מ חייב להשיב לו בעין עכ"פ מדרבנן וא"כ לא קנה מדרבנן ושפיר הוצרך ר"ה ליאוש ושינוי רשות, וזהו ברור ואמת בדעת רש"י ואין להקשות סוף סוף ל"ל לר"ה קנין הא הוי ספיקא דרבנן דדילמא מנכרי גזל לק"מ דספקא ב"ד ספקא מה"ת וכאן דמישראל לא קני מדרבנן גם מה"ת לא קני:

דין ג.

לאחרים שלא גזלו אי הוי מצוה הבאה בעבירה.

הנה הרמב"ן ז"ל הביא לנו כלל אחד דהלוקח מן הגזלן אחר יאוש מותר להלוקח למצוה דהא קני ביאוש וש"ר ואף שאסור לקנות מ"מ הא קנה קודם שעשה המצוה וכפי' ר"י דכל שקנה תו ליכא משום מצוה הבאה בעבירה דכמו שמותר להדיוט ליקח מהלוקח זה כן נמי מותר לגבוה אבל הלוקח קודם יאוש דלא קנה הלוקח פסול למצוה דכשם שאסור להדיוט ליקח ממנו כן נמי לגבוה לא ע"ש, ולהרמב"ן אין חילוק בין גזלן לאחר אלא בין קנה ללא קנה ובאמת דמצד הסברא אין לחלק דכל שישנו עדיין גזול הרי עושה המצוה בעבירה ומ"ל הגזלן מ"ל אחר ולהרמב"ן שהולך בשיטת ר"י לא מוכח מהא דר"ה היפוך מזה:

והנה לעיל כתבתי דמש"ה אמר רש"י ז"ל על ר"ה א"כ יאוש קנה הוי מצוה הבאה בעבירה ולכאורה הא אפי' יאוש לא קנה

מ"מ

מ"מ אפשר דסובר ג"כ מהב"ע א"ו דסובר כהי"י דאי יאוש ל"ק לא משכחת בקלבן מהב"ע כלל דהא גבוה קנה בש"ר וגבוה כאחר וגזלן לא קנה כלל ע"ש — ויראה לי כן מהא דפריך לגזוז האוונכרי ויהיה יאוש בידו וש"ר בידן וקשה מאי פריך דילמא ר"ה סובר יאוש לא קנה ומ"מ סובר כמי מהב"ע וא"כ מה מהני ש"ר בידן הא יהיה מהב"ע אי יאוש לא קנה והעבירה נעשית על ידי שינוי רשות וקני בעבירה ופסול למצוה. בשלמא אי יאוש קונה כבר קנה הגזלן ביאוש ותו לא הוי הש"ר שום קנין וגם ליכא עבירה ביד השני כלל אבל דילמא יאוש לא קני והוי הש"ר בעבירה — א"ו דלאחר שלא גזל לא פסול מהב"ע כלל אלא לגזלן:

והנה הב"י בשם י"א דאפי' קודם יאוש כשר לאחרים והפ"א תמה מכ"ל לב"י כן — ולפענ"ד דאדרבה עדיף לפני יאוש מלאחר יאוש דאי יאוש לא קנה אלא עם ש"ר א"כ בהש"ר עצמו שהכניס הגזלן והלוקח האיסור שגזלו עתה דהייני כשהוציאו עתה את החפץ מן הנגזל לגמרי ע"י שעשו ש"ר ושעלו יחדיו להוציאו מן הנגזל והלוקח מסייעו לעבירה זו אבל לפני יאוש דלא מהני הש"ר כלל דלא קנה ולא פעל הלוקח שום עבירה דאף דקיי"ל גזל ולא נתייאשו ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה ורצה מזה גובה מ"מ סובר הב"י דלאו גזלן הוי השני דהכי כבר הוציאו הראשון מרשות כגזל ומש"ה אין הגונב אחר הגנב משלם כפל והא דגובה מן השני שאכלו הייני בתורת מזיק ולא בתורת גזלן ועיין קצה"ח סי' ל"ד בדין החולק עם הגנב אי פסול לעדות ע"ש היטב:

ומעתה כיון דמוכח מתוך הסוגי' דאפי' אי יאוש לא קנה לא הוי ביד הלוקח מצוה הבאה בעבירה וכמו שהוכחנו, א"כ לפני יאוש ודאי דלא הוי גבוה מהב"ע מכ"ש כש"כ דמה אחר יאוש שנעשה עבירה בין שהכניסה וע"י הלוקח יצא החפץ מן הנגזל ונתבטל מצוה עשה של והשיב את הגזילה בעבירה ומ"מ כשר ללוקח משום שהוא לא גזל מכש"כ לפני יאוש שלא פעל הלוקח כלום מכש"כ דכשר וא"ל דהלוקח עושה עבירה במה שמשתמש בו, זה אינו דהכי השתמשים של החפץ כבר קנה הגזלן מן הנגזל דהכי ע"ז הקנין חייב באונסין — אלא דהגזלן מ"מ הוא עובר בכל עת על מ"ע של והשיב אבל הלוקח אין לו עליו מצוה זו שהכי הוא לא גזל ואינו חייב להשיב אלא שחייב להשיב לגזלן כדי שיקיים בו הוא הגזלן המצוה אבל עכ"פ אינו עובר הלוקח כלום במה שמשתמש בו וזהו ברור למבין ול"ק על הב"י דודאי לכש"י אין חילוק בין אחר יאוש לקודם יאוש לענין אחר דלא גזל — אבל מ"מ אחר דרוב הפוסקים כשי' ר"י ס"ל וכן הרמב"ן תו אין חילוק דליכא בין גזלן לאחר כלל:

דין ד.

אם אפה מצות בשבת אי יוצא בה בפסח.

איתא בירושלמי על מתני' דהקורע על מתו וז"ל בעון קומי רב"א כמה דלא אמר תמן שהוסט חטא בשבת כיפר ומביא חטאת אחרת ואימא אוף הכא לא יצא ידי קריעה אלא כר"ש כו' הוי חברייא בעון קומי דר' יוסה לא אמר ר"י בשם ר"ש בן יוצדק מצה גזולה אין אדם יוצא בה י"ח בפסח אמר להו תמן גופה עבירה הכא הוא עבר עבירה כך אנו אומרים הוציא מצה מרה"י לר"ה אינו יוצא בה בפסח עכ"ל והנה סוף דבריו דפריך אמאי במצה גזולה לא יצא לר"י וידי קריעה יצא ומתרץ במצה גופה עבירה הכא הוא עשה עבירה וכך אם הוציא מצה מרשות היחיד לרשות הרבים הכי נאמר שלא יצא ידי חובתו בפסח בתמיה:

והנה סברת הירושלמי נראה מבואר דכל שהעבירה בגופה של דבר שהצריך למצוה כגון גזל שבגוף הלולב נעבדה עבירה אזי אותו הלולב פסול ומאיס למצוה דהא גופא של לולב עביד עבירה אבל אם בגוף של החפץ לא נעבדה בעבירה אלא שהאדם עושה עבירה שחוץ לגופה כגון שהוציא מצה מרשות היחיד לרשות הרבים שהמצה גופה אין בה שום עבירה שהיא המצה נעשתה בלי שום עבירה אלא שהאדם עשה עמה עבירה אין המצה מאיסה למצוה דהא היא הגוף לא נעבדה בעבירה. וזהו כמעט סברת התוס' דמחלקי בין אשירה דלא משום שנעבדה בו בא לו הלולב משא"כ בגזל וכן סברת הירושלמי. — והנה לפ"ז מי שאפה מצות בשבת דודאי גופה נעבדה בעבירה אינו יוצא בה, ואין לומר דהא יכול לאפות בחול דאין זו סברא דא"כ מגזל נמי כיון דהי' יכול לקנות לו לולב א"ו דאמרינן אולי לא הי' לו מעות וא"כ כאן נמי אולי לא הי' יכול לאפותו אם לא אפה בשבת וכן מי שכתב לו מגילה או ס"ת בשבת פסול ולמצוה מש"ע:

והנה הפר"ח מביא בשם ספר בית מועד שאם הוציא מצה מרה"י לר"ה ואכל אח"כ לא יצא י"ח והפר"ח הקשה עליו מהתוס' וירושלמי זה ע"ש. — ולכאו' קשה למה לו להביא מירושלמי הא כן מוכח ממשנה סוכה דף מ"א ע"ב ר"י אומר יו"ט הראשון שחל להיות בשבת ושכח להוציא את הלולב פטור שהוציאו ברשות ואמר שם דהוי טעה בדבר מצוה ועשה מצוה: והשתא אי כיון דהוי מצוה הבאה בעבירה ע"י הוצאה מרה"י לר"ה א"כ לא עשה מצוה ואמאי פטור א"ו מוכח דלא הוי בכה"ג מצוה הבאה בעבירה וכהירושלמי ומש"ה פטור דעשה מצוה א"כ מוכח ממשנה דידן בפירוש אלא דאי כיון כן דזו קושי' הוי א"כ קשה משתי תינוקות אחד זמנו בערב שבת דפטור נמי אם מל בשבת משום דטעה בדבר מצוה ועשה מצוה ושם וודאי קשה הא הוי מצוה הבאה בעבירה דהא עבירה ומצוה עשה יחדיו בשבת ולא הוי מצוה וא"כ אמאי פטור הא לא עשה מצוה ואף שביעול הא מ"מ לא קיים שום מצוה והוי כנולד מהול או כשנפלה הערלה מאליו אבל הוא לא עשה מצוה ואמאי פטור ואפי' לר"ש דמקלקל בחבורה חייב. — וע"כ נראה דמעיקרא לק"מ לפמ"ש הרשב"א ביבמות ק"ו להסביר דמש"ה לא יצא למ"ד מצות לשנות כתבו משום דאי נימא יצא הא עבר עבירה ויותר נימא דלא יצא ולא עשה שום עבירה וכן אני אומר כאן סברא זו להיפוך דאי עשה מצוה א"כ לא עבר שום עבירה דהא פטור מחטאת ואי לא עשה מצוה חייב ועבירה בידו וכיון שהם תלוים זה בזה יותר אמרינן דעשה מצוה וליכא שום עבירה מדנימא דעשה עבירה ולא יצא:

עוד נ"ל שהוא יותר דכיון דכל שטעה בדבר מצוה ועשה מצוה פטור מחטאת משום דעשה ברשות וכמ"ש הרי"ף בשגגות וא"ז כאונס וא"כ תו לא עשה שום עבירה דהא כל אונס ליכא שום עבירה וממילא דהוי מצוה גמורה בלי עבירה וזה נראה אמת עד שתמהתי במה שראיתי בספר יהודא יעלה להגאון מוה' יהודא אסאד ז"ל שהביא קושי' בשם הגאון מוה' אליעזר ליפמאן ז"ל אהא דאמר יבמתו כדם בעל פטור והקשה הא הוי מהב"ע ולא עשה מצוה כלל. וע"ש שהי' הגאון ז"ל אולי איירי בשוגג. ועל זה קשה דהא מוכח דאפי' שוגג הוי מהב"ע כמו שהוכיח הגאון רי"ע אלגאזי מקו' התוס' שהקשו מברייתא דמצה של טבל ע"ש אבל לפמ"ש לק"מ דכל שטעה בדבר מצוה ויבם ברשות לא עשה שום עבירה וזה אמת. — אלא דלפ"ז קשה אבל הנהו שהביאו ראיה דבשוגג נמי הוי מצוה הבב"ע וקשה הא כל שטעה בדבר מצוה הא הוי אונס וליכא עבירה כלל:

ולעניין מה שהתחלנו נראה דתלי' בפלוגתא שבין הר"י ורש"י ור"ת דלרש"י ור"ת דאפי' קנה כבר מ"מ כל שנעשה בעבירה לא יצא א"כ כן נמי אם אפה בשבת אף דעבירה כבר עברה מ"מ לא יצא דכן נמי באשירה הקשו כן התוס' לשיטתם ותי' התוס' לא שייך כאן וכמ"ש לעיל דאפה בשבת הוי כמו גזל. — אבל לשי' ר"י דכל עבירה שכבר עברה ועתה אינו עושה שום עבירה יצא א"כ כן נמי אפה בשבת הוי כמו בגזל אם כבר קנה ודו"ק:

דין ה.

אונס אי הוי נמי מהבב"ע או לא.

הנה כבר הבאתי לעיל מ"ש ברי"ע אלגאזי דבשוגג הוי נמי מצוה הבאה בעבירה והביא ראיה מתוס' שהקשו על ברייתא דמצה של טבל אמאי לא אמר משום מהב"ע והקשה הרי"ע הא משכחת לה בשוגג על טבל א"ו דאפי' שוגג הוי מהב"ע. — ולי קשה מאד הא באונס מפיק שם ברי"ע אלגאזי דוודאי לא הוי מהב"ע וא"כ עדיין קשה מאי הקשו בתוס' הא משכחת לה באונס ואכל מצה דקיי"ל דיצא י"ח וא"כ הוי אונס על העבירה. דכפאוהו נכרים שאם לא יאכל מצה זו של טבל יהרג וס"ל דיצא ידי מצה שהרי לא עבר שום עבירה דאונס רחמנא פטריה וקמ"ל מקרא דלא יצא וזה לע"ג. — ומוכח דאפי' באונס כל שנעשה מצוה בעבירה ואף שהוא לא עבר מ"מ הא נעשתה העבירה ולא קיים המצוה דהקב"ה לא רצה במצוה שנעשית בעבירה כלל. ולפ"ז גם מ"ש לתרץ על טעם בדבר מצוה ליתא ול"ל כמ"ש לתרץ בסברת הרשב"א ודו"ק:

דין ו.

מצוה לאו להנות נתנו.

אר"י תקע בשופר של עולה יצא כו'. — ראיתי קושי' אחת בספר מנחת חינוך ז"ל לדעת הר"מ הל' מעילה שאינו יוצא לחולין אלא ע"י שנוי רשות כגון אם נתן לחבירו אבל ע"י הנאה אינו יוצא לחולין כלל א"כ לפ"ז קשה מאי פריך רבא כי קא תקע באי' קא תקע הא ממ"נ לא משכחת כן שאם הגזבר תקע בשופר הקדש אפילו א"כ לא יצא לחולין ע"י הנאה ואי שנתנו לאחר א"כ מיד כשנתנו מעל ויצא לחולין וכי קא תקע בהתירא תקע ע"ש שהיא קו' גדולה והניח בצ"ע:

ולחומר העניין נלענ"ד לתרץ ועי"כ יתורצו כמה קושי' בסוגי' דהנה התוס' הקשו הא ר"י ס"ל עצמו משופר של ע"ז דלקמן עוד קשה הא קול ומראה אין בו משום מעילה עוד הקשה האחרונים הא מכאן משמעות מוכח מצוה לאו להנות נתנו ואיך יחלוק ר"י עליהם. ונראה דהנה ר"ה סובר ב"מ דף ל"ט שהשאיל קורדום לחבירו ביקע בה קנאה ואמרינן שם ופליגא אדר' אמי כו' ופליגא אדר"א דאמר כדרך שתיקנו חכמים בלקוחות כך בשומרין. והנה לפ"ז לר"ה לא מעל שמשאיל עד שביקע בה דהא דפסק הר"מ דמיד מעל הייני משום דאנן הא קיי"ל כר"א משיכה קונה וא"כ כר' אמי דבמשיכה מעל אבל לר"ה לא מעל עד שהשתמש בה וע"י התשמיש נעשה הקנין ומעל. ולפ"ז אם הי' אומר ר"ה דין זה של תקע בשופר של עולה יצא הי' רבא פריך שפיר דהא לא מעל לר"ה עד שתקע בו ונשתמש בשופר זה והוי כמו ביקוע בקרדום דכמו בקרדום שאול לבקע בו הוי ביקוע התשמיש כן התקיעה בשופר ומעל משום שע"י התקיעה שהיא התשמיש קנה ויצא לחולין ולא משום ההנאה אלא משום הקנין וזה ברור — אלא דעדיין קשה הא

לא

לא ר"ה אמר דין זה אלא ר"י ולא"כ מנ"ל נראה להקשות כן על ר"י דלמא הוא סובר כר' אמי ומעל מיד קודם שתקע אלא במשיכה: ונראה דלרבא הא דר"י קשיתיה דאמר בשלמים לא יצא וקשה אמאי הא אין בקול מעילה וגם הא מצוה לאו ליהנות נתנו וא"כ אמאי לא יצא א"ו דר"י כר"ה וא"ש דלא יצא בשלמים משום דבשלמים אף דאמעטי מקרבן מעילה מ"מ כל שבקדשי קדשים מעל ויצא לחולין איכא גם בשלמים איסור תורה וא"כ כל שסיכוי ויצא מרשות הקדש איכא גם בשלמים איסור תורה והשתא א"ש דלא יצא דהא במה שתקע ונשתמש בו ועשה קנין בהקדש ע"י ששמיש עשה עבירה בשלמים ג"כ וא"כ ה"ל מצוה הבאה בעבירה — והשתא הכי פריך ליה רבא ע"כ אתה כר"ה דאי כרב אמי א"כ אף שבשלמים עשה איסור במשיכה מ"מ הא כבר עבר האיסור ולשיטת ר"י כל שעבר האיסור קודם תו ליכא משום מהב"ע וא"כ אמאי לא יצא בשלמים א"ו דאתה כר"ה דבתשמיש קנה ועושה איסור בשעת תקיעה וא"כ כיון שכן קשה גם על עולה דכי קא תקע בהי קא תקע אלא אמר רבא אחד זה ואחד זה לא יצא מהאי טעמא גופה ולא משום מצוה ליהנות נתנו דהנאה דמצוה לאו הנאה הוי אלא משום שנשתמש בשופר ע"י תקיעה זו ועשה איסור בשניהם ע"י התשמיש — והדר אמר רבא אחד זה כו' יצא דכל מצוה לאו ליהנות נתנו ואי משום תשמיש הא אנן קיי"ל כרב אמי ובמשיכה עשה איסור זה של קנין וכבר עבר ותו לא הוי מהב"ע כשיטת ר"י — וממילא דל"ק קו' התוס' מע"ז וגם קו' האחרונים ז"ל ודו"ק:

דין ז.

מצוות צריכות כוונה.

לא בעי אלא לעבור על דבר אחד, הנה לדינא קיי"ל כר' זירא מליר והקשה בש"א מהא דר' יהושע שעובר על בל תוסיף אף בלא כוונה וא"כ קשיי הלכתא אהלכתא דכן פריך לרבא מהא דר"י — ואני תמיה דקו' זו הקשה הרמב"ן במלחמות וזה לשונו ואע"ג דמאן דמים לר"י בלעבור ולא בעי כוונה דשוחט קדשים לשם חולין כשירין ועולין לבעלים ואפי' שעלת כו' וה"ה לזורק ואע"ג דמתעסק כו' ה"נ כוונת תקיעה בעי כו' אבל כוונה דמצוה בקדשים לא בעי ומש"ה לעבור דזהו לא בעי כוונה לר"י ומיהו לר"א בעי כוונה כדקאמר לא נאמר בל תוסיף אלא כשהוא בעצמו דאף על גב דהוא זורק בכוונת דם בכור אינו עובר על ב"ת הלכך עובר על בל תגרע דהא חזי דם לזריקה עכ"ל הנעים ז"ל — וכוונתו דאף דלענין מתעסק קדשים ומצוות שוים הם דבשניהם פסול מתעסק מ"מ לענין כוונת מצוה אינם שוים דבקדשים דסתמא לשמן קיימי ל"ל כוונה ומש"ה אף בב"ת עובר אף בלא כוונה משא"כ במצוה דלאו סתמא לשמה (וזהו כמ"ש התוס' בזבחים לענין גט דאף שהאשה עומדת להתגרש מ"מ לאו בגט זה וכן במצוה דאף שהיום ר"ה והיום זמנה מ"מ לאו בשופר זה דוקא) והא דפריך לרבא מהא דר"י היינו משום שרצה לחלק בין לצאת ובין לעבור וזהו דפריך מר"י דמוכח מהא דר"י דאין לחלק דהא לדידיה כיון דבקדשים סתמא לשמה ולא צריך כוונה לצאת גם לעבור לא צריך כוונה ועובר ואם כן גם למאן דאמר מצוות אינו צריך כוונה אין לחלק בין לצאת ובין לעבור כלל דכמו שא"צ כוונה לצאת כן נמי לעבור וזהו קושי' הגמ' וע"ז משני דלעבור שלא בזמנו בעי כוונה והיינו משום דרבא סובר בטעמו של מ"ד אצ"כ הוי משום דסתמייהו דמצות כמי לשמן קיימו ומש"ה שלא בזמנו דליכא סתמא לשמה בעי כוונה לעבור, אבל המ"ד מצות צריכין כוונה הוא סובר שסתמן דמצוות לאו לשמה ולכך צריך כוונה משא"כ בקדשים וזהו תירוצו של הרמב"ן ז"ל בכור ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה בטור אבן על הר"ן שכ' לקמן דאפי' למ"ד מצות א"צ כ' דוקא אי לא מכוון כלום אבל אם כיון למצוה אחרת יצא וכדאמרינן בחטאת וקשה ע"ז דא"כ מאי פריך מהי' קורא בתורה הא שם כיון למצוה אחרת וא"כ שפיר קתני אם כיון לבו לק"ש יצא ואי לאו לא יצא — ולענ"ד דלפמ"ש סובר רבא שטעם דמצוות א"צ כ' משום דבזמני' סתמא לשמה קיימו ומש"ה מחלק בין זמנו לשלא בזמנו בלעבור כמי וא"כ לדידיה ודאי דסברת הר"ן טובה היא וראייתו מחטאת ראייה אבל אביי שהקשה מסוכה ולא מחלק כדרבא הוא סובר בטעם של המ"ד א"צ כ' לא כרבא אלא דא"ל שום כוונה ולא שמעה כלל וא"כ ודאי דלדידיה גם סברת הר"ן לחלק לא יתכן כמובן דהא כל שלא צריך כלום אלא מעשה גם כוונה אחרת לא מחריב בה ומעלת אין שום ראיה ומש"ה המקשין דפריך לעיל היינו קודם שידע מסברת רבא וסובר כאביי ולק"מ:

עוד למדתי מדברי הרמב"ן ז"ל לתרץ קו' הש"א וגם כן קושי' התוס' על הא דאמר ר"י לר"א לדבריך ה"ה עובר על ב"ת ור"א אמר על בל תגרע וקשה הא כיון דלר"י עובר על בל תגרע א"כ למה יגרע באמת והא דאמר שאם לא יגרע יעבור על ב"ת הא כמו דבל תגרע היכא אלא בעצמו כן בל תוסיף וא"כ מה חילוק ואי משום דליכא מעשה הא סך טעמא ביעור הוא דא"ל, ומשמע דהשתא ל"ל לנועד — ואמנם למדתי פי' אחר מהרמב"ן ז"ל והיא דר"י ור"א לא פליגי אלא בהא אם עובר בל תוסיף בלא כוונה להוסיף דר"י סובר דבקדשים דסתמייהו לשמן עובר על בל תוסיף אפי' בלא כוונה למצוה וא"כ כיון שאם יוסיף יעבור תו ליכא דם לזריקה דהוי כמו נפסל הדם וממילא דתו אינו עובר בל תגרע דהא אין לו דם ראוי לזריקה ור"א סובר דאינו עובר בב"ת אפי' בקדשים אלא במתכוון עכ"פ להוסיף וא"כ כיון שאם יוסיף מהערובות זה לא יעבור דהא אינו מכוון להוסיף וא"כ יש לו דם לזריקה ואם לא יתן יעבור על בל תגרע וזהו שאמר ר"י לר"א לדבריך ה"ה עובר על בל תוסיף וא"כ ליכא דם לזריקה וליכא בל תגרע ור"א השיב דליכא ב"ת אלא כשהוא בעצמו ומתכוון להוסיף אבל ע"י הערובות הא אינו מתכוון ומותר להוסיף ויש לו דם לזריקה ועובר על בל תגרע כשלא יתן וכן ר"א אמר לר"י דאיכא בל תגרע ואמר לו ר"י דאינו עובר על בל תגרע אלא כשהוא בעצמו פי' כשיש כאן דם ראוי לזריקה בעצמו והוא אינו זורק אבל זה שאינו יכול לזרוק שיעבור על ב"ת אפי' בלא כוונה א"כ אין לו דם זהו כוונת הרמב"ן ז"ל והוא פירוש נפלא כראוי אליו ז"ל — ולפ"ז יצא לנו דין חדש דלא מבעי' דאיכא בל תוסיף אפי' בלא כוונת מצוה כלל אלא אפי' אמר בפירוש שאינו מכוון להוסיף כלל מ"מ כל שמוסיף עובר וזהו מוכח דהא לר"י ע"כ דליכא שום תקנה לזרוק את הדם דאי איכא תקנה א"כ יש לו דם לזריקה ועובר על בל תגרע אם לא יזרוק, וא"כ הא איכא תקנה כשיאמר בפירוש א"ו שגם כה"ג אסור להוסיף, ועיין מ"א סי' י' שהכים דברי הב"ח בל"ע ועיין מספק"ל שם על הא שכ' הב"ח דמאחר דקיי"ל לעבור לא בעי כוונה בזמנו ואפי' בלא מתכוון עובר על בל תוסיף והקשו הא כיון שמתכוון בפירוש שלא להוסיף לא שמענו שיעבור על ב"ת ולפמ"ש בשם הרמב"ן מוכח כן מהא דר"י ולק"מ על הב"ח:

דיני שליחות

כלל כז.

שליחות וזכיה.

דין א.

שחיטת קדשים צריכא בעלים ושליחות.

הנה מסוגי' דילן מוכח דשחיטת קדשים צריכא בעלים דפריך מחבורה שאבד פסחו וכן פירש רש"י דשחיטת קדשים בעי בעלים ושליחות ועיין פי' ומקנה שתמהי' על רש"י ואמנם נעלם מהם בש"ס סוגיא ערוכה בפסחים דף ז' דפריך שם פסח וקדשים מא"ל דלא סגי דלאו איהו קשחט ורש"י פי' גם שם כן דכתיב ושחטו וקאי על הבעלים וסוגי' דשם מוכחת כן להמעיין שם מלאתי במנחת חינוך שתמה עליהם כן: ואמנם בירושלמי מבואר לפ"מ שפי' שם הפ"מ דשחיטת קדשים לא בעי בעלים כלל אהא דיליף שם שליחות מושחטו אותו ועוד מולקחו איש ואמר ר"י שם שנייא הוא שאדם שוחט פסח חבירו שלא מדעתו ואין אדם מפרישו שלא מדעתו שכן אמר שמואל בשם זעירא ופי' הפ"מ דכוונת ר"י להקשות דליכא למילף שליחות מושחטו דשאני התם דלא בעינן בעלים כלל ותמה שם הפ"מ על ש"ס דילן שלא הקשה כן ע"ש:

ואמנם כלם זה מלאתי בא"ז הגזול שהביא קושי' בשם הר"י אורלייניס דל"ל קרא ושחטו ת"ל משום זכין לאדם שלא בפניו והאי זכות הוא ששוחטין את פסחו וכי הא"ז שם וז"ל ומיהו למ"ד זכיה מטעם שליחות לק"מ ותו י"ל דאי לאו קרא ה"א חוב הוא לו שגוזל מצוותו דאע"ג דשחיטה לאו עבודה היא מ"מ מצוה לשחוט הלכך אצטריך קרא דשלוחו כמותו והוי זכות ולא חוב והשתא דפי' אין בין המודר דאבעי' להו בתורם משלו על ש"ח כו' א"ד מצוה דיליה היא וניחא ליה למעבדא דע"כ לא מבעי' אלא משלו על ש"ח אבל משל בעל הכרי צריך דעת כו' היינו דוקא בתרומה דכתיב אתם מה אתם לדעתכם כו' וטעמא דמילתא משום דבשעת הפרשה א"י דעת בעה"ב כו' אבל בפסח אחר דגלי רחמנא שלוחו כמותו מלי לשחוט שלא מדעתו דהא זכות הוא לו והכי אמרינן בירושלמי א"ר זעירא א"ר אדם שוחט פסח חבירו שלא מדעתו ואינו מפרישו אלא מדעתו ואפי' לשמואל דאמר חיטה אחת פוטרת את הכרי מ"מ שאני בין שחיטת פסח להפרשתם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו שלא מדעת בעלים הלכך אינו תורם ואינו מפריש פסח שלא מדעתו שאין בידו להוציא ממון חבירו שלא מדעתו אבל היכא שכבר הופרש כו' מלי למשחט שלא מדעתו כו' זכות הוא לו עכ"ל הצריך — והנה למדתי מדבריו ז"ל פי' אחר בירושלמי ודלא כמו שפי' בו האחרונים ז"ל, והוא דהא דאמר ר' יוסי שם שנייא היא לא נתכוון להקשות כמו שפי' הפ"מ אלא ר"י בניחותא אומר כן אחר שהביא הני קראי לשליחות מושחטו וכן ולקחו וקרא דושחטו הא מיירי משחיטה וקרא דולקחו מיירי מהפרשה וע"ז אר"י דאף שגילה לנו קראי

קמ"ל בשמיעה ובהשגחה שליחו כמותו מ"מ עתה אחר שגילה לנו שליחו כמותו שנייה. היא לענין דינא. בין שמיעה להשגחה דבשמיעה אדם שומע עתה שפה חבירו שלא מדעתו ולא משום דלא בעי בעלים אלא משום דאחר דאמרינן שליחו כמותו זכות הוא לא דהא כשאחר שומע מ"מ הבעלים עושים המצוה דהא שליחו כמותו משא"כ בהשגחה אף אחר שגילה לנו שהורה שליחו כמותו מ"מ אין אדם משגיח שלא מדעתו וכמ"ש הא"ז וליכא השתא שום פלוגתא בין הגמרות דבין לגמרא דידן בין לירושלמי שמיעה שפה בעי בעלים וגדול כוחן של ראשונים ז"ל:

דין ב.

זכי' מאיזה טעם.

דעת הר"ן דזכיה מטעם שליחות והא דיליף מנשיא אי לזכין שלא בפניו ולא פריך והא שם קטנים כמי היו כדפריך אשליחו' היינו משום דלפי הס"א הוי ס"ד דמשם ילפינן זכי' וא"כ ע"כ זכיה מילתא אחריתא היא ולא מטעם שליחות והי' סובר דמהני גם לקטנים משא"כ אחר דפריך והסברא ומסיק דליתא להא שאמרו בשם רב לא לזכי' ולא לשליחות אלא דב"ד מעמידין אפטרופס ליתומים לזכות אפי' לחוב וא"כ דוקא בגוונא דשם שהיתה אי' שלהם ול"ל לאפטרופס אלא לברר חלקם אבל זכי' לא מוכח משם כלל ולפ"ז ליכא שום קרא לזכי' אלא מסברא ידעינן אחר שידעינן שליחו כמותו ידעינן מעילא כמי דזכין לאדם שלא בפניו משום דאנן סהדי דניחא ליה ונעשה שליחו והיינו דוקא לגדול אבל לקטן לא דליתא בשליחות זהו כוונת הר"ן לכל הרואה ומעיין בו בעינא פקיחא — והנה גם רש"י ז"ל סובר בפי' בפסחים דף ל"א זכי' מטעם שליחות וכן פי' הוא ז"ל בב"מ דף ע"א זכי' מדרבנן אית ליה ע"ש ונראה כוונתו משום דלקטן א"א לזכי' מה"ת דהא ליתא בשליחו' וזכי' מטעם שליחות — ואמנם כאן פרש"י ד"ה שלא כדרכא וז"ל כלומר לא זכות שלא בפניו גרידתא איכא למשמע מיניה לגדולים אלא דאורייי' כמי דלקטנים אפי' חובתי הבאה מחמת זכי' כשאין ב"ד לעשות להן כי הכא דלזכותם בכולה. באו ואעפ"כ כו' לא הדרי בהו עכ"ל הצריך — ולאיתי במהרי"ט ח"ב דף ס"ד ע"ב שהביא רש"י זו ופי' בכוונתו דרש"י סובר דלא כר"ן אלא די"ש לקטן זכיה מה"ת — ולענ"ד הדבר תמוה מאוד דהא רש"י גורס בא"כ שם זכיה מדרבנן וכן רש"י בפסחים שהבאתי שכ' בפי' זכיה מטעם שליחות וא"כ איך יסתיר א"ע ולע"ג על מהרי"ט — ומירושלמי הנ"ל ולפי מה שפירשתי בו בשם א"ז שגדול כמי מוכח זכייה מטעם שליחות דאי לאו מטעם שליחות א"כ ליכא זכות דהא לא קיים בעליו המצוה אלא השומע כמובן והוי חוב ולא מהני בלא דעת בעלים וכמו שכתב הא"ז בעצמו, ואפי' אי נימא דבדיעבד לא בעי בעלים כלל מ"מ, אסור לשמוע עכ"פ לכתחילה בלא דעת בעלים להפקידם במצוה והירושלמי אמר שמותר כן לכתחילה א"ו זכיה מטעם שליחות — והנה בהא דמבעי' בנדרים בתורם משלו על ש"ח פרש"י שם והר"ן דהאבעי' הוי משום דניחא ליה למעבד מצוה ותוס' ב"ק ס"ט פי' דאבעי' הוי משום דניחא לי' למעבד מצוה בממונו. והנראה דרש"י ור"ן סברי זכיה לאו מטעם שליחות וא"כ אין בעה"ב עושה המצוה אלא התורם ומש"ה פי' הם דניחא לי' שיעבוד הוא המצוה אבל תוס' סברי זכיה מטעם שליחות וא"כ הוא עצמו מקיים המצוה דשליחו כמותו ומש"ה פירשו הם דאולי הוא רוצה למעבד מצוה בממונו:

והנה הרשב"א בקדושין מביא ראיה מהך דתורם משלו על ש"ח דזכיה מטעם שליחות דהא בתרומה שליחות בעינן ולכאו' דבריו סותרים א"ע דבנדרים כ' וז"ל קשי' לי הא שליחות לאו מדין דניחא ליה או לא ניחא ליה הוא אלא גזה"כ דמה אתם לדעתכם כו' ותדע לך שהרי האומר לחבירו לא תרום כו' ואע"ג דניחא ליה שתיקן כריו וי"ל דתורם משלו על ש"ח שאני דלא בעינן שליחו לדעתו אלא בתורם משל בעה"ב על של בעה"ב אבל בתורם משלו על ש"ח לא בעינן שליחותו ממש כיון שאינו של בעה"ב ואין הדבר תלוי אלא אי זכות הוא לו. וזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל וא"כ לפ"ז איך מביא ראיה בקדושין שזכיה מטעם שליחות הא כי הם דזכיה לא נכלל בשליחות ולא בעינן גם אתם לדעתכם — ובאמת כי כן מצאתי להגאון מו"ה יצחק בכר דוד בדברי אמת שלו ז"ל שכ' בשם הרשב"א דזכייה לאו מטעם שליחות מהא דכ' הרשב"א בנדרים — ולענ"ד יפלא הדבר דא"כ הרשב"א סותר ע"ע, ועוד יותר יש להפליא דגם התוס' שם בנדרים הקשו קו' הרשב"א דשם ותירצו ממש כתי' של רשב"א, וסמוך לזה מעט קודם כתבו דמש"ה מהני אי הוי זכות משום דזכיה מטעם שליחות, וא"כ חזינן דאף שהם סוברים זכי' מטעם שליחות מ"מ היה קשה להם קו' הרשב"א ותי' כמו שתי' הוא ז"ל וא"כ למה נאמר שחזר הרשב"א בנדרים ממ"ש בקדושין דזכיה מטעם שליחות דהא התוס' ורשב"א בשיטה אחת הולכים שם בנדרים ולע"ג ועיין לעיל כלל י"ג במ"ש שם להשיג על קה"ח וכתבתי ג"כ דהרשב"א סובר זכיה מטעם שליחות ויישבתי לשונו של רשב"א בנדרים עש"ה ותדרשנו משם — ואי קשי' א"כ מה הוכחה הביאו תוס' ורשב"א מסוגי' דנדרים דזכיה משום שליחות ומשום דבתרומה שליחות בעינן הא כן יש לחלק ג"כ אשה דבעינן שליחות ולומר דוקא בתורם משל בעל הכרי בעינן שליחות אבל בתורם משלו על ש"ח מהני זכיה אפי' אינה מטעם שליחות עי"ז י"ל דלענין שליחות גופא כיון דכתיב אתם דוקא ואנו למדין שליחות דמשני בתרומה מבינייהו דגירושין וקדשי' כמ"ש הרשב"א וא"כ כמו בגירושין דלא מהני שום אופן בלא שליחות ואפי' במקום זכות וכמ"ש הגאון בעל דברי אמת ז"ל והטעם דשם כתיב ושלח דוקא וא"כ גם בתרומה לא משכחת לתרום ע"י אחר בלא שליחות, משא"כ לענין אתם לדעתכם דהרבה מגם אתם בהא נוכל לחלק דדוקא משל בעל הכרי בעינן כן אבל משלו על ש"ח לא בעינן לדעתכם אלא סגי בשליחות ע"י זכיה שהיא מטעם שליחות — ועוד י"ל דהרשב"א ותוס' דנדרים סברי כתוס' דב"ק ס"ט דאבעי' הוי אי הוי זכיה או חוב משום שרוצה למעבד מצוה בממונו וסברי הם דאי לא היה המצוה של בעל הכרי כלל לא היה מקום לספק דודאי הו לאו זכות אלא חובה הוי דניחא ליה למעבד מצוה וא"כ לפ"ז שפיר הוכיחו דע"כ הסוגי' סוברת זכיה מטעם שליחות דאל"ה א"כ לא הוי המצוה של בעל הכרי אלא של תורם ומאי מבעי' לי' הא ודאי חוב הוא לו א"ו זכי' מטעם שליחות והוי מצוה של בעל הכרי וכמ"ש הא"ז שהבאתי:

דין ג.

אי זכין לקטן מן התורה ותורם משלו על של קטן.

הנה לפי מה שכתבתי דעת רש"י והר"ן והרשב"א ותוס' זכיה מטעם שליחות ונרא' בא"כ זכי' מדרבנן ואין זכין לקטן מה"ת — אבל דעת התוס' בכתובות דף י"א שם בסוף דאפי' אי זכי' מטעם שליחות מ"מ זכין לקטן מה"ת וכ' שם סברא מדבה דהא שנתמעט הקטן משליחות דוקא בתרומה דהוי קלת חוב שאת רוצה להעדיף או למעט אבל בזכות גמור יש לו לקטן שליחות וכ' הט"ז סי' ש"ה דלפי דעת זו לא מהני תורם משלו על של קטן דאף דקיי"ל בתורם משלו על ש"ח לא צריך דעת ומהני היינו בגדול דקלת חוב אינו פוסל אבל בקטן דאפי' קלת חוב פוסל אללו לא מהני דודאי איכא קלת חוב דרוצה לקיים המצוה בעצמו — ובמש"א הניח את הט"ז בצ"ע דהא קשה מה בין גדול שלא בפניו לקטן וזהו לכאורה תימא גדולה דלולי דברי הט"ז הייתי מפרשין הא דתורם משלו דמהני היינו משום דליכא אפי' קלת ח"ב וא"כ מהני אפי' לקטן או דהוי קלת חוב ולא מהני לקטן וא"כ גם בגדול שלא בפניו לא מהני אבל לחלק בין קטן לגדול שלא בפניו לא שמענו — ולענ"ד ליישב דברי הט"ז — דהנה תוס' דף מ' בגיטין סברי דהא דאפטרופסים תורמין אפי' להאכיל לא הוי מה"ת אלא מדרבנן ומשום הפקר ב"ד אבל מה"ת לא וא"כ סברי התוס' דהך דרשה דאתם ולא אפטרופסים דרשה גמורה הוא וע"כ קרא אתי למעט היכי דאפטרופס תורם להאכיל דאיכא זכות אלא דהוי קלת חוב דאי לאו הכי ל"ל קרא למעט הא בגדול שלא בפניו כמי פוסל ול"ל מיעט שאין תורמין לקטן א"ו אתא קרא להאכיל דאיכא זכות ומהני לגדול אף דאיכא קלת חוב ואתא קרא דאתם ולא אפטרופס דלקטן כה"ג דאיכא קלת חוב פוסל וא"כ כן כמי בתורם משלו על ש"ח דמהני בגדול ומ"מ הקטן לא מהני כדמוכח מהא דאפטרופסים אין תורמין להאכיל דהוי כמי זכות אלא דאיכא קלת חוב וכמ"ש הט"ז דהוי קלת חוב שאת רוצה לעשות המצוה בעצמו:

והשתא לפ"ז מוכח כל דינו של הט"ז מהא דאתם ולא אפטרופסים דכיון דע"כ קרא מיירי בלהאכיל דאי להניח ל"ל קרא הא גם בגדול כה"ג לא מהני דליכא זכות כלל א"ו להאכיל דהוי זכות ואנן סהדי דניחא ליה ומהני בגדול אלא דבקטן לא מהני, דאיכא קלת חוב עכ"פ ואין לומר דהקלת חוב הוי שאת רוצה להעדיף או למעט וכמו שכתבו התוס' דהאי טעמא לא שייך אלא בתרומה גדולה דאין לה שיעור אבל בתרומת מעשר דאיכא שיעור קבוע מאי"ל ומה קלת חוב איכא ועיקר קרא דאתם בתרומת מעשר משתעי אלא ודאי דהקלת חוב הוי משום שאת רוצה לקיים המצוה בעצמו וא"כ מוכח לגמרי כהט"ז והא דנקטו בתוס' הקלת חוב לענין העדפה ולא נקטו לענין קיום המצוה חדא מהנהו נקטו וע"כ צריך לומר כן דאל"כ קשה מתרומת מעשר:

והש"ך גם בנה"כ שהולך לשיטת הרשב"א לפי' השני דהא דאין אפטרופסים תורמין להניח הוי מדרבנן אבל מדאורייי' תורמין וא"כ לפ"ז ודאי דמוכח כדבריו אבל הט"ז הא הולך לדעת התוס' והם סוברים דאין תורמין אף להאכיל מה"ת הוי כמ"ש בגיטין שהבאתי וכן שם בכתובות שכתבו דהא דאין שליחות לקטן היינו בדאיכא קלת חוב אבל בזכות גמור יש לו שליחות נראה לי דילא להם כן מקרא זה דאתם ולא אפטרופסים — והיא דלכאורה קשה אדבור של תוס' שכ' דהא דנתמעט הקטן משליחות דוקא בתרומה וקשה דאי כתבו כן על שאין הקטן נעשה שליח לגדול לא שייך זה החילוק כלל שחלקו דודאי אין הקטן נעשה שליח לגדול בשום גוונא וא"כ ע"כ דקאי התוס' על מה שאין הגדול נעשה שליח לקטן וזהו לא נתמעט כלל לכאורה דהא אכן מה אתם גדולים אף שלוחכם גדולים קאי והאם הגדול נעשה שליח — ועוד דהא ודאי שאין הקטן עושה ולא נעשה שליח מצד הסברא דהא אינו בר דעת ואין רצונו רצון לא להתמנות ולא למנות שליח במקום שצריך מנוי וא"כ מה זה שכ' התוס' דנתמעט הקטן משליחות דמשמע מקרא, א"ו ברור דכוונת התוס' להך קרא דאתם ולא אפטרופס' ושאין אפטרופ' תורם אפי' בלהאכיל דהוי זכות ול"ל מנוי שליחות דאנן סהדי ומ"מ נתמעט הקטן שאין גדול נעשה שלוחו לכך וס"ע משום דאיכא קלת חוב ומוכח כהט"ז וכ"ז ברור ונכון למבין ודו"ק — ונכונות כשמצאתי

דאין לנו לחייב את המשלח אשר לא עשה דאין זה חוטא וזה מתחייב אלא החוטא הוא ראוי לחייבו דלמה חטא וע"ז אמר רבינא דשאין השליח בר חיובא א"כ לא הוא החוטא דהלא הוא איכו חייב וא"כ למה לא יעשה ושפיר עשה והמשלח חייב ור"ם סובר דמ"מ הא הוא עשה ולא המשלח וכיון דהבחירה בידו או לעשות או לא והוא עשה הוי הוא החוטא ואף שאין לחייבו מ"מ גם המשלח איכו חייב שהרי הוא לא עשה כלום ולא נתחייב המשלח אלא בחלר דבע"כ מותיב בה והרי המשלח עשה את החטא וזה ברור — ולפ"ז אין זה תלוי כלל בשליחות דולאי השליחות חל והמעשה מהני: ויש לי ע"ז ראיה ברורה מה שלא הוזכר בפלפול של הגדולים ז"ל, והיא מהא דאמר רבא דאפי' לדברי שמאי באומר אכול חלב או בעול את הערוה לא חייב המשלח דלא מליכו זה נהנה וזה מתחייב — ולכאו' קשה מאוד מה קמ"ל רבא הא במלות שבגופו לא שייך שליחות ולא אמרינן שליחו של אדם כמותו אלא במעשה שעושה האדם בשביל חבירו אבל נומר גופו של שליח הוי כגוף המשלח זהו ל"א וכמ"ש תוס' קי"ד וזהו פשוט ומבואר דכל שלריך להיות בגופו של אדם כגון תפילין להניח על גופו או סוכה או אכילת מלה וכיולא לא נאמר בזה שליחות כלל וא"כ ודאי מי שאוכל ונהנה בשליחות חבירו לא שייך בזה שליחו כמותו דלהוי כמו שהמשלח נהנה או בעל דהנאה של זה אי הוי כמו שנהנה המשלח לריך לומר דנעשה גוף השליח כגוף המשלח וזה ל"א וא"כ כיון דלא אמרינן כלל שליחו כמותו בזה ודאי שאין משלח חייב ומאי קמ"ל הא כל הפלוגתא לא הוי אלא היכא דשייך שליחות ואמר שמאי דכיון דשליחו כמותו לענין שמעשה הרי המשלח חייב ג"כ אבל בדבר שאין שייך שום שליחות ודאי דליכו חייב, א"ו דאין זה תלוי בזה כלל אלא אפי' אי איכו שליחו כלל מ"מ אפשר לחייבו את המשלח משום שזה עשה ע"פ ליוויו וא"כ כן כמי נאמר דאפי' אם השליחות מהני להמעשה מ"מ לענין העונש אין זה מתחייב וזה חוטא כיון שבדבר זה לא תלי' בשליחות כלל אלא אי נאמר זה חוטא וזה מתחייב וזה ראיה ברורה:

דין ו.

אי אין שלד"ע בשוגג.

דעת התוס' ורש"י לפי פירושו ב"ק ע"ט דאם השליח שוגג יש שליח לד"ע והמשלח חייב, והש"ך והריטב"א חולקים על התוס' וכבר האריכו בזה הש"ך והאחרו' כל הלורך ולא נשאר לנו אלא גרגיר אחד לכתוב בזה — והיא הקו' החמורה שהקשה הש"ך על התוס' והיא ג"כ קושי' כ"י אלא דהכמק"י הקשה אותה באופן אחר שהוא הקשה דאי בשוגג יש שליח א"כ מאי פריך ב"מ מחלר הא שלר ודאי כמו שוגג וגרע אפי' משוגג, והש"ך הקשה עוד קו' חמורה מזו דא"כ למה לא הקשה בלא הא דכ"ל דאמר שם חלר משום שליחות אתרבאי סיקשו ליה מתני' דב"ק כתנו לכהן דשם הא מוכח מפורש יש שליח לד"ע וא"כ קודם שידע מרבינא ור"ם הא קשי' מתני' הא קיי"ל אין שלד"ע מאי אמרת התם שוגג א"כ מאי פריך מחלר וכי הש"ך דמכח קו' זו מוכח דע"כ אין הפירוש שפירש"י שם אמת — ולענ"ד נראה דודאי אמת נכון פרש"י והתוס' ואין כאן שום קו', ותחילה אני אומר דמה שכ' הש"ך וכן הסכימו האחרו' בכונ"י שם בפלפולם ז"ל דהא שכתבו התוס' דבשוגג יש שלד"ע לא כתבו כן אלא לפי הסברא של דברי הרב כו' דמסברא זו יש לחלק בין מזיד לשוגג וכמ"ש התוס' באמת בקדושין לחלק בין שוגג דלא שייך לומר גבי' דברי הרב כו' ומזה הלשון נראה באמת דאי הא דאשלד"ע מקראי אזלי התוס' ומודו דאין לחלק בין שוגג למזיד — אבל לפי דעתי הדבר ברור דאפי' אי מקראי אתי' מ"מ מחלקי התוס' בין שוגג למזיד ובקדושין דכתבו כן הייכו משום דשם לפי הס"א דגמ' לא היתה עדיין אלא סברא זו ולא ידע מקראי אבל לפי המסקנא אפי' אי ילפינן מקראי מ"מ מחלקי התוס' ויש לי ע"ז ראיה ברורה מדברי התוס' עלמם ב"מ דף י"א ע"ב ד"ה אין שהבאתי לעיל שהביאו התוס' הסוגי' דקדושין דילפי' שם מקראי ומה רלו בזה וע"כ פי' הפשוט כמ"ש הפ"י דהוי' קשה להם הסוגי' דפריך מחלר ואי משום דברי כו' מאי קו' מחלר אלא ע"כ דכל הסוגי' דב"מ הולכת לפי המסקנא דקדושין דיליף מקראי — וא"כ לפ"ז בין רבינא ובין ר"ם הולכים עתה לפ"מ דילפינן מקראי ולפי דעתי גם רבינא סובר כן דמקראי ילפי' דאין לחלק בזה בין רבינא לר"ם כמו שרלו האחרונים לחלק ולומר דבהא פליגי — ולענ"ד אי אפשר לומר דכיון דכל הקושי' שבסוגי' היתה מחלר אילו היה רבינא ר"ל דלא כהסברת המקשה דילפינן מקראי אלא סברא הוי הא דאין שליח לדבר עבירה אם כן למה לו להאריך ולחלק בין בר חיובא לאיכו בר חיובא הא

כיון שהיא סובר מסברא א"כ תו לק"מ מחלר — ואין לומר דרבינא אמר סברתו בלאו קו' זאת מחלר והגמ' הביאו כאן לתרץ גם קו' זו דאין כן משמעות הסוגי' — א"ו ע"כ שגם רבינא ור"ם שניהם סוברים דמקראי ילפינן אלא בסברתם לחלק פליגי בסברת התורה דרבינא הסביר סברת הקרא בסברת דברי הרב כו' אבל מ"מ אין זהו ממש כסברא זו בלא קרא דאי נאמר דטעמא דקרא הוי ממש מכח סברא של דברי הרב א"כ אפי' כהן שקידש לכהן כמי חייב המשלח דהא גם כאן אין השליח עובר עתה שום עבירה ואיכו דומה לש"ח ומעילה או הריגת נפש וכיון שאין השליח הכהן עובר א"כ לא שייכא סברא זו של דברי הרב כו' דלא שייכא אלא היכא דהשליח עושה עתה ג"כ עבירה זו א"ו דלאו מסברא זו ממש אלא דומה לסברא זו אמר רבינא, דאי מכח סברא זו ממש א"כ ל"ל שום קרא לאשלד"ע דהא סברא הוא אלא קרא אתי לאף שאיכו עתה ב"ח כמו כהן לכהן מ"מ כיון שאם הי' מקדשה לעלמו הי' בר חיובא שייך כמי לדברי הרב כו' והייכו שגילה קרא לדברי רבינא, והייכו דלא איכפת לן במה שהישראל עובר על לפני עור וכמ"ש התוס' ולא פירשו לנו אמאי הא אי הטעם מסברא בלא קרא א"כ ודאי דמ"מ לא הי' לו לעבור על לפני עור ושייך דברי הרב כו' דלמה שמע השליח לעבור עבירה יהי' איזה עבירה שיהי' — א"ו הי"ע דעתה לאו מסברא אלא מקראי ילפינן ואם אין השליח ב"ח בלאותו חיוב עלמו שאנו רולין לחייב את המשלח אין לו שום דמיון לשני קראי שאנו לומדין מהם אשלד"ע וכ"ז ברור למבין דמש"ה כהן לכהן ה"ז דומה עכ"פ שאם יקדשה לעלמה יהי' חייב באותו לאו עלמו:

והנה שם ב"מ הקשו ג"כ התוס' מהא דב"ק על תירולו של ר"ם ורלו בזה דשלמא לרבינא כוכל לתרץ יותר קו' זו דבשוגג לאו ב"ח מיקרי דאף שהוא יותר ב"ח מכהן לכהן עכ"פ יש לומר דכיון דרבינא כלה לאוקמי סברת התורה מטעם דברי הרב אלא דהתורה גילה לנו דאפי' בכהן דלא שייכא סברא זו וממש דהא איכו עובר מ"מ כיון שאם יקדשה לעלמה הוי ב"ח שייך קלת סברא זו אבל בשוגג לא שייכא כלל דהא איכו יודע משום איסור והייכו לרבינא. אבל לר"ם ודאי קשה כיון שהוא לא מלא אלא [illegible] ולא אדם שיש לו בחירה ותי' שם דמ"מ גם לר"ם כל שוגג הוי בע"כ כיון שהוא איכו יודע לזהר הרי הוא כחלר דבע"כ עביד — והנה הארכתי קלת כדי לבאר הסוגי' דב"מ שסובבת כל הסוגי' דמקראי ילפינן ולא רק מסברא בלא קרא בין לרבינא ובין לר"ם כאשר הוכחתי וכ"ז ברור מאוד לפי דעת התוס' שם בב"מ שכתבו כן מבואר ונגלה:

והנה עכ"פ מוכח מהתוס' דב"מ דלאו דוקא אי מסברא אמרו התוס' לחלק אלא אפי' אי מקראי כמי מחלקינן בין שוגג דהא הסוגיא הולכת שם דמקראי ומ"מ כתבו דאפי' לר"ם שוגג הוי כחלר — וסברתם בהא כמו שכתבתי לעיל דלא שייך זה חוטא וזה מתחייב בחלר ובשוגג דהוי כבע"כ וא"כ המשלח חטא בעלמו — ואלא על הש"ך שהוא דחה סברת התוס' בהא דהריטב"א דהך סברא דברי הרב לא נאמר למסקנא אלא מגזה"כ כאילו לא אמרו התוס' דין זה דבשוגג אלא לפי הסברא ונעלם ממנו במ"כ דהתוס' כי כן בב"מ ג"כ וכמ"ש — והריטב"א שחולק על התוס' וכי ג"כ דאחר שלא נשאר הסברא של דברי כו' ממילא גם במקום דלא שייך סברא זו כגון בשוגג אשלד"ע הוא לדידיה אמר כן שהוא חולק עליהם במ"ש התוס' בב"מ — אבל התוס' ודאי שהם אמרו דין זה אפי' אי מקראי — והשתא לפ"ז ל"ק קו' הש"ך ולא מידי דלאי הוי מקשי ממתני' דמוכח יש שלד"ע ואכן קיי"ל אשלד"ע לא הי' קשה כלום דהי' אפשר להרץ דהא דקיי"ל אשלד"ע הוי מסברא דדברי הרב כו' ובשוגג לא שייך סברא זו וא"כ לק"מ ולכך פריך ליה מחלר דהייכו מקרא דהולכים התורה לסרבות חלר ול"ל קרא זה אי לסורות דחלר הוי שלוחו של אדם לזכות לו לזה ל"ל קרא וכמ"ש הס"מ שם ב"מ וכן כי רש"י ז"ל שם דף י"א ד"ה ומר דלזה ל"ל קרא דחלר הוי שליח כאשון או מגע ידעינן ליה ולא אתא קרא לסורות אלא דמהכי לדבר עבירה ואי כימא דהא דאשלד"ע רק מסברא ידעינן דדברי הרב א"כ ל"ל קרא דחלר כלל הא ודאי דבחלר לא שייך סברא זו דברי הרב וא"כ ודאי יש שלד"ע א"ו ע"כ ל"ל דהתרא דרכש קרא דאם השלא לחלר ע"כ סובר דאשלד"ע מקראי ולא מסברא וא"כ השתא ודאי דקשה גם ממתני' אמאי יש שלד"ע אבל אי לא הי' מביא מחלר ס"א דמסברא אשלד"ע ולא מקראי וא"כ הי' פשוט לחלק בין שוגג לכך סוכים לי' מחלר דלאו מסברא אלא מקראי וא"כ קשה חלר וקשה מתני' ג"כ וע"ז מתרץ רבינא ור"ם ולפי תירולם א"ש חלר וגם מתני' וכמ"ש התוס' ומיושב קו' הש"ך וגם קו' הכ"י לק"מ דמאי פריך מחלר דהוא מוכיח לו דלאו מסברא דא"כ ל"ל קרא א"ו מקראי והוי גז"כ ותו לא ידע המקשה לחלק לו כמו שחילקו רבינא ור"ם ומקום שכיחו ב"ש מש"ם לתרץ דברי התוס':

תם ונשלם אמרי נועם שבח לאל בורא עולם.


3 1761 07285938 2